



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Daniela Raquel Soares da Costa

**O PAPEL DA VONTADE NO CRIME DE VIOLAÇÃO
DO CONSTRANGIMENTO AO DISSENTIMENTO**

**Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pelo Professor
Doutor Pedro Caeiro e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade
de Coimbra.**

Julho de 2019

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



Daniela Raquel Soares da Costa

**O PAPEL DA VONTADE NO CRIME DE VIOLAÇÃO
DO CONSTRANGIMENTO AO DISSENTIMENTO**

THE ROLE OF WILL IN THE RAPE CRIME

FROM CONSTRAINT TO DISSENT

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientador: Professor Doutor Pedro Caeiro

Coimbra, 2019

“When someone abuses your body, you can never escape the scene of the crime. You will always carry the place where it happened, because you are the victim and the crime scene all at once.”

Rabbi David Wolpe

Agradecimentos

Não poderia iniciar esta dissertação sem antes despende um pouco do meu tempo e, ainda que o faça de forma simplória, agradecer a todos os que me acompanharam durante o meu percurso académico e estiveram de perto para me apoiar nos momentos bons e menos bons.

A chegada ao momento final não se revelou tarefa fácil. A ansiedade e preocupação estiveram comigo desde o início do meu primeiro ano de licenciatura na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e desde então não mais me largaram. Ainda assim, nada faria sentido se não tivesse comigo os melhores do mundo. Por muito clichê que pareça, não poderia acabar esta etapa académica sem antes agradecer a todos os que fizeram deste trabalho algo possível.

Primeiramente, quero prestar os meus mais sinceros agradecimentos ao Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro, por todo o apoio que me deu, por toda a disponibilidade que sempre demonstrou e, essencialmente, por me ter dado a honra de orientar este trabalho.

A todos os professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra o meu mais profundo obrigada.

De seguida, quero engrandecer a minha família, que investiu na minha formação e nunca me desamparou. Um especial agradecimento à minha Mãe, que ouviu todos os meus lamentos, do início ao fim e que, no final, me ensinou a nunca desistir dos meus objetivos, por muito longínquos ou inalcançáveis que pareçam.

À minha irmã, ao meu irmão e ao meu cunhado agradeço por serem os meus maiores cúmplices neste percurso, os pilares que estiveram sempre de perto a torcer para que tudo corresse bem e que nunca, mas nunca me deixaram desanimar. Aos meus avós paternos, pelos princípios de vida que me foram transmitindo e por se mostrarem as figuras mais exemplares que alguma vez conheci, aqui fica o meu obrigada.

Resta dizer que nada seria de mim sem as minhas amigas, que partilharam comigo vitórias e sucessos. Lutámos juntas todas as batalhas desta vida académica e vivemos momentos inesquecíveis nesta cidade encantadora.

Todos encheram este percurso académico de sorrisos felizes e tiveram sempre uma palavra reconfortante a dizer. Estarão sempre no meu coração. A todos, o meu mais profundo e sincero obrigada!

Resumo

A presente dissertação visa analisar o processo evolutivo do crime previsto no artigo 164.º do Código Penal – crime de violação – a um nível nacional, até se chegar à redação atual do preceito legal e refletir sobre as mais recentes e diferentes propostas legislativas que têm sido apresentadas, relativamente ao mesmo ilícito-criminal e compará-las, por forma a salientar os aspetos vantajosos e desvantajosos de cada uma delas.

O principal escopo deste trabalho de pesquisa e análise passa por apurar se uma eventual alteração da redação do artigo 164.º se afigura viável e se seria ou não melhor introduzir-se a expressão “sem consentimento” na lei, ao invés do constrangimento, tal como outras legislações europeias já o fizeram, concretamente a ordem jurídica alemã.

Desta forma, tendo em conta que é esta uma problemática recente e que despoleta diferentes perspetivas e interpretações, será analisada alguma da jurisprudência mais recente e polémica dos Tribunais Judiciais Portugueses, respeitantes a este tipo de crime, que têm descredibilizado, em parte, o papel das vítimas e, ainda, os novos Projetos-Lei que aderem integralmente ao modelo do consentimento previsto na Convenção de Istambul, almejando decifrar o impacto que uma eventual aprovação dos mesmos terá na realidade jurídica portuguesa.

Palavras-Chave:

Dissentimento; Constrangimento; Convenção de Istambul; Violação; Código Penal; Vítimas; Descredibilização.

Abstract

This work aims at analyzing the evolution of the crime foreseen in the article 164.º of the Portuguese Penal Code – rape- at a national level, until the current legal prevision of it and also reflect about the different legislative projects that have been introduced and object of analysis, in order to highlight the advantageous and disadvantageous aspects of each of them.

The main objective of this intensive research is to determine whether a eventual alteration in the article 164.º seems viable and whether or nor it would be a good choice to introduce the expression “without any consent”, rather than the expression of “constraint”, as other European legislations has already done, including the German legal system.

Therefore, whereas this is a recent issue and triggers a lot of different perspectives and interpretations of the criminal law, we will also analyse some of the most recent and controversial jurisprudence of the Portuguese courts, regarding this type of crime, which have discredited the role of the victims and also reflect about the new Law-Projects, that adhere fully to the Istanbul Convention and, consequently, try to deciphered the impact of the eventual approval of each of those projects in Portuguese legal reality.

Keywords:

Dissent; Constraint; Istanbul Convention; Rape; Penal Code; Victims; Discreditation.

Lista de Siglas e Abreviaturas

- A.P.A.V.** – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
- A.P.M.J.** – Associação Portuguesa de Mulheres Juristas
- A.S.J.P.** – Associação Sindical de Juízes Portugueses
- Art.** – Artigo
- B.E.** – Bloco de Esquerda
- CDS-PP** – Centro Democrático Social, Partido Popular
- C.P.** – Código Penal
- Ed.** – Edição
- E.T.P.I.R.** – Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda
- M.P.** – Ministério Público
- N.º** - Número
- O.N.U.** – Organização das Nações Unidas
- P.A.N.** – Partido pelos Animais e pela Natureza
- P.C.P.** – Partido Comunista Português
- Pp.** – Páginas
- P.S.D.** - Partido Social Democrata
- S.T.J.** – Supremo Tribunal de Justiça
- T.P.I.** – Tribunal Penal Internacional
- T.P.I.A.J.** – Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia
- T.P.I.R.** – Tribunal Penal Internacional para o Ruanda
- T.R.** – Tribunal da Relação
- U.R.S.S.** – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

Índice

Agradecimentos	4
Resumo	6
Abstract.....	7
Lista de Siglas e Abreviaturas.....	8
Introdução	11
1. Evolução legislativa da consagração penal do crime de Violação.....	14
2. A Convenção de Istambul e o Crime de Violação Sexual.....	33
3. Análise Crítica do Artigo 164.º do Código Penal Português.....	38
4. Análise Jurisprudencial	46
4.1. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 476/09.OPBBGC.P1, de 13 de abril de 2011	47
4.2. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 389/16.9JAPRT.P1, de 27 de junho de 2018 – o “Acórdão da sedução mútua”.....	53
5. O Direito Internacional Penal e os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.....	58
5.1. Os crimes sexuais no panorama internacional.....	58
5.2. A Lei alemã e os crimes sexuais	67
6. A lei portuguesa no passado e a lei portuguesa no futuro – diferenças e semelhanças	79
6.1. Da natureza do crime de violação	90
6.2. Do modelo do consentimento e do modelo do dissentimento	91
6.3. Da exigência de violência no crime de violação	93
Conclusão	95
Bibliografia	104
Legislação	110

Jurisprudência	113
Artigos online.....	113

Introdução

O crime violação sempre nos indignou. Na verdade, nunca conseguimos compreender – e com isto, estamos cientes de que finalizaremos este trabalho sem o conseguir fazer – o que pode motivar alguém a praticar um ato tão cruel e desonesto para com outra pessoa, muitas vezes contra alguém da nossa confiança, outras vezes um ato contínuo com meros estranhos. No entanto, não serão os motivos da perpetração do crime que nos ocuparão, nesta sede.

Sempre foi este um tema que suscitou curiosidade, não só pelo modo como se encontra expressamente regulado e previsto na lei penal portuguesa como (e sobretudo) pelo impacto que a prática deste ilícito tem na comunidade. É encarado por muitos como um dos mais hediondos, que fica registado permanente e intemporalmente no corpo da vítima.

Foram vários os momentos em que ponderámos se seria este o caminho a seguir para esta dissertação de mestrado: uma decisão que não pode nem deve ser tomada de ânimo leve, não fosse esta a última marca que fica nesta etapa académica que chega agora ao fim. Ponderámos se seria este o tema mais apropriado e se seria fácil abordá-lo, pois, por muito que se queira manter um certo distanciamento e imparcialidade, é este um assunto que, pela complexidade emocional que o acompanha, não deixa ninguém indiferente.

O primeiro ano de mestrado no curso de Ciências Jurídico-Criminais despoletou um maior interesse pela procura do bem jurídico que está por detrás de cada incriminação e a razão de haver uma necessidade de tutelar um determinado bem, seja ele pessoal, seja ele social. Com isto, decidimos prosseguir este caminho, focando-nos primeiramente no bem jurídico que se pretende proteger com a tipificação deste crime, não podendo jamais olvidar a evolução legislativa que se verificou ao longo destes anos, até à presente data.

Não focalizando a nossa pesquisa somente a um panorama nacional, consideramos pertinente mencionar a Convenção de Istambul e o impacto deste instrumento legislativo europeu na ordem jurídica portuguesa ou, pelo menos, a força que teve nas várias propostas legislativas que daí em diante se seguiram em Portugal.

As críticas ao artigo 164.º são recentes e duras e levam a crer (talvez erroneamente) que o Código Penal, na matéria de crimes sexuais, não estará a aderir integralmente à Convenção e a cumprir com as obrigações do diploma, algo que tentaremos descodificar, depois de devidamente analisado o preceito legal.

O nosso objetivo, ao longo deste árduo trabalho de pesquisa, passará por analisar as diferentes perspetivas/interpretações que podem advir da análise do artigo 164.º do Código Penal, que prevê expressamente o crime violação. Para tal, iremos analisar alguma jurisprudência portuguesa em conformidade que, pela sua excentricidade, causou grande controvérsia entre os grupos ativistas e feministas nacionais.

O crime violação é, lamentavelmente, um dos crimes que maior taxa de incidência apresenta. Na nossa lei vê-se atualmente consagrado de uma forma bastante peculiar e, em parte, distinta daquela que está prevista na Convenção de Istambul, prevendo, na prática, duas formas de consumação deste tipo de crime: a primeira, eternamente associada à violência e à ameaça grave, mediante a qual a vítima foi constrangida à prática de atos sexuais, sendo certo que, nesses casos, é mais fácil comprovar se houve ou não crime e, em caso afirmativo, o agente verá a moldura penal agravada; e, ainda, uma segunda forma de praticar este crime, em que a moldura penal é mais leve e onde não é necessária a verificação de comportamentos agressivos ou hostis para que a vítima seja juridicamente protegida.

O que lamentavelmente acontece, na maioria dos casos, é que a violação sem recurso a violência ou ameaça grave, talvez pela dificuldade extrema de obtenção de meios de prova, é ignorada pelos tribunais portugueses quando chega a altura de condenar os verdadeiros criminosos/violadores. O principal motivo das vítimas que foram violadas, mas não foram agredidas fisicamente ou que não foram ameaçadas pelo violador, não se verem devidamente protegidas deriva essencialmente do modo como este tipo de crime se encontra previsto, pressupondo-se, desde logo (ou à primeira leitura do artigo) que o elemento basilar para a consumação do crime é a violência e a força física ou psicológica.

Caso tal não se verifique, parece-nos então que a lei portuguesa ainda oferece uma segunda oportunidade às vítimas e protege-as mesmo quando não forem violentadas física ou verbalmente. Contudo, fá-lo de uma forma meramente secundária e prevê uma moldura

penal bem mais leve, como se, na prática e *a final*, o crime não produzisse os mesmos resultados em cada uma das suas vítimas.

Outra grande problemática – e a qual já vem sendo discutida há alguns anos – parte do ónus de resistência que, inevitavelmente, recai sobre a vítima do crime, como se esta tivesse obrigatoriamente que se defender e tentar, por muito difícil que lhe pareça, fugir do seu agressor sexual.

Muitos são os partidos políticos e os movimentos feministas que se têm esforçado para uma eventual alteração legislativa que modifique a previsão do crime violação, no artigo 164.º do Código e que dela resulte claramente que sexo sem consentimento é violação. Claro que os problemas que podem resultar de uma alteração tão abrupta e significativa não serão ignorados neste estudo e serão, também eles, abordados.

Esta mera proposta – que em Portugal não passa ainda disso mesmo – já vingou na Alemanha, país que muito recentemente viu a sua lei dos crimes sexuais alterada, sendo certo que focalizaremos uma parte do nosso estudo na análise das consequências e do impacto dessa tão significativa mudança alemã. É, assim, numa matéria bem mais complexa que a Alemanha se destaca, novamente, pelo seu carácter pioneiro e inovador.

Por último, mas não menos importante, é determinante abordar as diferentes propostas legislativas dos anos de 2014 e 2015, que, desde essa altura, já pugnavam por uma mudança substancial da previsão dos crimes sexuais e compará-las com as propostas atuais, em que muitos partidos políticos, seguidores assíduos da Convenção de Istambul, esgrimem pela importação do modelo do consentimento para o Código Penal português, no que a esta matéria concerne.

Acima de tudo, e em jeito de súplica, o centro deste trabalho será abordar as distintas interpretações que do preceito legal podem surgir e as margens de abertura que o artigo permite para tal, refletir sobre a problemática consentimento/constrangimento e ponderar se existe ou não uma possibilidade futura de se ver a redação do artigo 164.º (novamente) alterada.

Para já, sem prejuízo de se alterar a nossa opinião, uma reforma dos crimes sexuais, nesta fase, não se afigura como uma decisão oportuna e tempestiva, tendo em conta que as propostas que têm sido lançadas ferem o artigo 164.º e corrompem a sua

essência, deixando margem de abertura para a inclusão de condutas não dolosas, que à luz do modelo do consentimento, serão puníveis.

Assim, emerge a necessidade de se ponderar criteriosamente sobre o caminho que a lei penal portuguesa deverá seguir, no que respeita ao crime de violação e, antes de se tomar qualquer decisão temerária, refletir devidamente os prós e contras de uma alteração tão significativa.

1. Evolução legislativa da consagração penal do crime de Violação

Referimo-nos ora a um tipo de crime que nem sempre foi entendido e vislumbrado na nossa ordem jurídica nos moldes e termos que o é nos dias de hoje.

Quando nos referimos a este ilícito-criminal importa reter, antes de qualquer análise crítica e reflexiva sobre o modo como se concretiza o preceito legal que hoje o tipifica, que a sua evolução ao longo do tempo se tem revelado manifestamente significativa e, não obstante todas as alterações que ainda venham a ter lugar e que se revelem ou não necessárias para abranger um maior número de casos concretos, a realidade é que nunca nos poderemos esquecer, enquanto comunidade europeia que somos, que reunimos hoje um artigo, consagrado na nossa lei penal, que nos permite integrar neste tipo de condutas aqueles que atentem contra a liberdade sexual de outrem e que assumimos igualmente um papel de liderança europeia no combate a este tipo de comportamentos.

De facto, é de louvar o modo como esta categoria de comportamentos se encontra hoje plasmada na nossa ordem jurídica, atendendo à forma como em tempos este ilícito era tipificado e criminalizado. Este tipo de crime sofreu inúmeras alterações na sua previsão legal, sendo certo que em tempos não integrava sequer o catálogo de crimes sexuais, tendo sido necessária uma evolução das mentalidades para que passasse a ser encarado como um atentado à liberdade sexual da vítima.

Atento o modo de vida e a mentalidade do nosso país, os comportamentos que hoje são punidos por lei e que integram a categoria de crimes sexuais eram anteriormente vistos como uma mera ofensa à moral pública, aos bons costumes ou à honra.

No entendimento da Juiz Maria do Carmo Silva Dias, “Compulsando as Ordenações Afonsinas (...), Manuelinas e Filipinas (...) verificamos que a punição do

crime de violação se justificava pela necessidade de assegurar e defender a moral pública, designadamente sexual, da época.”¹

Enquanto que, atualmente, a grande maioria do autores de crimes de violação se inserem no próprio sector familiar da vítima e as vítimas sexuais deixaram de ser somente pessoas do sexo feminino, se retrocedermos um pouco na história portuguesa, constatamos que as vítimas deste tipo de crime (ou pelo menos aquelas das quais se tinha conhecimento) eram maioritariamente mulheres, virgens ou solteiras e que raramente conheciam o seu agressor sexual.²

Atenda-se ao Livro V das Ordenações Afonsinas, que denominava a mulher que havia sido violada como “Mulher Forçada” – aquela que, por sua vez, depois de ser “forçada” por outrem, teria de cumprir os ditos 5 (cinco) sinais para que, concomitantemente, se pudesse fazer justiça.

O Livro V das Ordenações Afonsinas, no seu Título VI, “Da mulher forçada e como se deve provar a força”, dispunha o seguinte:

*“E ftees fom os cinco fignaes: ella na ora, que o homem della travar, deve dar grandes vozem e braados dizendo, vedes que me fez Foam, nomeando-o per feu nome: e ella deve feer toda carpida: e ella deve vir pelo caminho dando grandes vozem, queixando-fe ao primeiro e ao fegundo, e ao terceiro, e des y aos outros todos, que achar, vedes que me fez Foam: e ella deve vir aa Villa fem tardamento nenhum: e ella deve hir aa Juftiça, e nom entrar em outra cafa, fenom diretamente fe hir aa juftiça. E fe deftas claufulas minguar algua, a querella nom valha, nem a recebam a ella; ca afsy o manda ElRey.”*³

Pois bem: a fim de se conseguir fazer a alegada justiça, a mulher que se viu atentada na sua liberdade sexual, deveria, ela mesma, apregoar o nome do agressor por todos os locais por onde passasse e por todos aqueles com quem se cruzasse, até chegar finalmente ao seu destino: à Justiça – local para o qual se deveria dirigir diretamente, não entrando em nenhum outro sítio, sob pena de não ser recebida pelo Rei.

¹ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva; “A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?”, em *Revistas do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público*, n.º 81, 1.º Trimestre de 2000, pp. 57.

² MOREIRA, Vânia Pereira; “O crime de violação à luz do bem jurídico liberdade sexual – Reflexões acerca da alteração ao n.º 2 do art. 164.º do Código Penal”, em *Dissertação de Mestrado na Universidade Católica Portuguesa*, pp. 11.

³ LIVRO V, Título VI: “Da molher forçada, e como fe deve a provar a força”, pp. 29 e 30, disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/15pg30.htm>

Existem, desde logo, dois problemas no modo de conceção desta lei, que ressaltam à vista de um qualquer cidadão colocado hoje na posição do homem médio e que possua o conhecimento mínimo da nossa lei penal: numa primeira abordagem, não se consegue descodificar o que sucederia caso a mulher, vítima do crime, desconhecesse por completo o nome do indivíduo que a forçou a ter relações sexuais. Uma vez que a grande maioria dos agressores sexuais não eram membros conhecidos da vítima, ainda que esta última residisse num meio pequeno, poderia esta (como certamente tantas vezes ocorreu) não conhecer o seu agressor. Poderia tratar-se de um turista, de um mendigo, de um emigrante, por exemplo – alguém que a vítima nunca viu nem conheceu, razão pela qual não poderia apregoar o seu nome pelas ruas da cidade. Portanto, se a vítima não cumprisse devidamente com os já mencionados 5 (cinco) sinais que eram legalmente exigidos (mais concretamente, exigidos pelo Rei), corria o risco de nem sequer ser ouvida pelo Rei, a entidade soberana que se sobrepunha a todos e a tudo e que se revelava, naquela altura, como o mais apto e competente para fazer a tão acostumada justiça.

Destarte, conclui-se que, caso a vítima não conhecesse o seu agressor, não reunia as condições para divulgar o seu nome pelos demais, não podendo, portanto, exigir que fosse de algum modo feita justiça por si.

Um outro grande obstáculo que se verificava e se mantém, ainda hoje, na punição deste tipo de ilícito-criminal era a pressão e a responsabilidade que se colocava na própria vítima. Isto porque, não obstante ser aquele crime encarado como uma ofensa à moral pública, razão pela qual tinha também a vítima a “obrigação” de espalhar pela cidade e por terceiros o que havia sucedido e bem assim quem o tinha feito, era a própria vítima que tinha de cumprir com a lei e de exigir justiça.

Ora, se se tratava efetivamente de uma ofensa à moral e à ordem pública, não se consegue compreender a razão de ser a própria ofendida a dirigir-se casa a casa, percorrer a vila inteira e só depois dirigir-se à Casa do ElRey, já depois de toda a cidade saber o mal que lhe tinham feito⁴. Compreende-se que hoje seja a vítima a ter que denunciar ou participar criminalmente de quem atentou contra a sua liberdade sexual e de quem, de algum modo, a constrangeu, contra a sua vontade, dado estarmos perante um bem jurídico

⁴ Para Vânia Moreira, “Nenhuma mulher em tempo algum, muito menos depois de ter sido violada, deveria passar por tamanha crueldade e exposição da sua fragilidade e dor” - MOREIRA, Vânia Pereira; “*O crime de violação à luz do bem jurídico liberdade sexual – Reflexões acerca da alteração ao n.º 2 do art. 164.º do Código Penal*”, em Dissertação de Mestrado na Universidade Católica Portuguesa, pp. 11.

individual que, no entendimento do Ilustre Professor Figueiredo Dias, ainda que seja uma situação que diga igualmente respeito a bens fundamentais para a sociedade, não a ofende de modo tão direto e imediato como aquele que sente “em todas as circunstâncias a lesão”.⁵

De facto, era colocado um ónus sobre a vítima deste tipo de crime, nitidamente desproporcional, desprovido de qualquer fundamento lógico que, como se não bastasse, a colocava numa posição manifestamente ingrata e descabida.⁶

Posto isto, denota-se prontamente um erro na classificação/qualificação deste tipo de crime bem como dos pressupostos legais necessários para a sua verificação, talvez pelo modo de administração da justiça de então – atribuir a uma única pessoa a administração de algo tão importante como o é a defesa de um Estado e dos interesses dos seus cidadãos não se afigura de certo como a melhor maneira de fazer justiça – pena que só anos mais tarde o povo português se tenha apercebido da infeliz Justiça que tinha e tristes aqueles que viram os seus direitos nitidamente violados e nunca defendidos por aquele que deveria ser supostamente o Salvador da Pátria.

Do Livro das Ordenações Afonsinas resultava que incorria no crime de violação todo o homem, de qualquer estado e condição que “forçosamente e pela força dormir com mulher casada, ou religiosa, ou moça virgem, ou viúva, que honestamente vivesse”⁷.

De facto, apenas as mulheres, o sexo mais frágil, poderiam ser vítimas de crimes desta natureza,⁸ não se afigurando sequer como possibilidade um indivíduo do sexo masculino sofrer de uma monstruosidade daquelas, tendo em conta o seu carácter mais forte

⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; “*Direito Processual Penal*”; em Coimbra Editora, 1.ª Ed., reimpressão de 2004, p. 120 e ss.

⁶ Esta ideia abstrata deriva já da época colonial: “Uma leitura feminista identificará certamente no texto a inadequação (ou antes incompletude) de uma definição de violação enquanto resistência a um ato sexual forçado, apontando, em contrapartida, para a necessidade de se articular a violação como algo indissociável do contexto estrutural, das relações de poder e da economia das sociedades coloniais”; GARRAIO, Júlia; “Violação”, Cartografia afro-lusa de Cultura, Língua e Artes, 2017, “#Epistemologias”, trabalho desenvolvido pelo projeto MEMOIRS – Filhos de Império e Pós-memórias Europeias, financiado pelo Conselho Europeu para a Investigação (ERC) no quadro do Horizonte 2020, programa para a investigação e inovação da União Europeia, disponível em http://www.estoriasportugalafrica.pt/cartografia_violacao.html

⁷ “*Livro V das Ordenações Afonsinas (Leis de D. Afonso V e D. Pedro)*”, in Ordenações Afonsinas, Fundação Calouste Gulbenkian, janeiro de 1984, pp. 29 e ss.

⁸ Uma discriminação pura e incongruente, segundo Vera Lúcia Raposo, que nos diz que “(...) raciocinando uma linha de igualdade, a construção da violação como um crime de vítima exclusivamente feminina é incongruente, excepto se justificada pela gravidez como possível consequência da violação, pois esta é uma experiência restrita às mulheres. A ser assim, o bem jurídico tutelado consistiria na maternidade livre.”, algo que reconduz a um “reducionismo naturalista” inaceitável - RAPOSO, Vera Lúcia; “Da moralidade à Liberdade: o Bem jurídico tutelado na criminalidade Sexual”, em Separata de Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, 2003, Coimbra Editora, pp. 945-946.

e imponente comparativamente ao sexo feminino, por sua vez, mais frágil e vulnerável. Posto isto, as mulheres eram as vítimas e os homens os autores do crime. No entanto, apenas as mulheres consideradas pelos demais como honestas poderiam ser vítimas deste tipo de crime- as prostitutas, sem-abrigos ou outras que não assumissem uma posição digna na comunidade não eram merecedoras de direitos.

Como é bom de ver, não só existia uma acentuada discriminação social, como também existia uma transposição daquele entendimento para o panorama legal, não se vislumbrando nenhuma forma de salvaguarda dos interesses das vítimas do sexo masculino e das restantes mulheres, as que eram “desonestas”.⁹

Nas Ordenações Afonsinas ficou também assente que aquele que forçasse uma “moça virgem” a dormir consigo, deveria ser preso e dar os bens à mulher que por ele foi forçada, contudo, caso a mulher violada fosse viúva, o povo entendia que ambos deveriam ser condenados à morte.¹⁰ Isto porque, nesta época, a punição era a pena de morte- aquela que hoje já não se encontra plasmada na nossa ordem jurídica, mas que ainda persegue insistentemente algumas legislações.¹¹

Durante as Ordenações Manuelinas e Filipinas, pôde verificar-se uma alteração significativa no que toca aos suspeitos que poderiam integrar a categoria de vítimas deste ilícito-criminal. Também as prostitutas passaram a elencar-se no seio das vítimas sexuais, determinando-se, pois, que “quando resistia à violência, não era prostituta”, daí que merecesse ser respeitada pelo indivíduo do sexo oposto.

Não obstante essa alteração inovadora, caso a mulher em apreço fosse escrava ou estivesse, de alguma maneira, a “vender” o seu corpo com o intuito de auferir algum dinheiro, aquele incidente não seria considerado enquanto violação sexual.¹²

⁹ “*Livro V das Ordenações Afonsinas (Leis de D. Afonso V e D. Pedro)*”, in Ordenações Afonsinas, Fundação Calouste Gulbenkian, janeiro de 1984, pp. 29 e ss.

¹⁰ LIVRO V, Título VIII: “Do que dorme com moça virgem, ou viúva per fua voontade”, pp. 37 a 39, disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg30.htm>.

¹¹ A lei “ (...) de D. Afonso IV mostrou-se uma incógnita no que diz respeito à pena a aplicar ao forçador, mas com D. Afonso V, o forçador passa a ser imediatamente condenado à morte.”; EIRA, Josefina Isabel Gomes, “Ordenações Afonsinas: Evolução e distinção social das penas”, pp. 54.

¹² DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva; “*A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?*”, em Revistas do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n.º 81, 1.º Trimestre de 2000, pp. 67.

Também durante as Ordenações Filipinas se manteve a ideia de que apenas as mulheres eram vítimas de violações, uma vez que se apresentavam como um ser mais frágil, sem vontade e autonomia próprias.¹³

Com o primeiro Código Penal (ou, pelo menos, aquele que adotou primeiramente esta designação) – em 1852 – passámos a ver consagrados, em primeira mão, os crimes de “estupro” e de “violação”.

A partir desse ano e com a consagração dessa legislação, os crimes sexuais passaram a integrar a categoria de crimes contra as pessoas, abandonando a crença antiga de que se tratava de meras ofensas à honra e aos bons costumes do povo.

Em 1852, o diploma legal dividia-se em 2 (dois) Livros, sendo que o Primeiro era atinente a Disposições Gerais – o Título I dividia-se em três capítulos, o Título II em dois capítulos, o Título III, em quatro capítulos e o Título IV em dois.

O Livro Segundo dirigia-se aos crimes em especial. O Título I – “Dos Crimes contra a Religião do Reino e dos cometidos por abuso de funções religiosas” – dividia-se em três capítulos. Não deixa de ser pertinente salientar que o reino português entendeu que deveriam ser estes os primeiros tipos de crime a ser previstos e punidos naquela legislação, talvez por se revelarem, naquela altura, como os que mais atacavam o bom nome e honra do reino.

Não obstante ter sido essa a primeira escolha do povo português, ainda que bastante questionável, diga-se de passagem, não deixa de ser igualmente aleatório o carácter daquele diploma. Até se pode efetivamente compreender a razão de ser de os crimes contra a religião assumirem um papel protagonista no Código Penal de 1852, atentas as circunstâncias e o carácter não laico da sociedade. No entanto, é dúbio o facto de não se vislumbrar, logo no início do Título I do Livro 2.º os crimes que podiam efetivamente ter sido cometidos pelos que estavam ao serviço das funções religiosas, por exemplo.

Neste circunspecto, o Código Penal de 1852 apenas frisava questões relacionadas com a violação do dever de sigilo “sacramental”¹⁴, as injúrias para com as autoridades públicas, o exercício de funções aquando de uma suspensão legal, entre outros. A questão

¹³ MARTINS, Inês Félix; “A Proteção da Mulher no Sistema Penal Português – A aplicação de medidas de coação acessórias no crime de violência doméstica e nos crimes sexuais”, em Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito, Escola do Porto, maio de 2017, pp.7.

¹⁴ Código Penal de 1852, Livro 2.º, Título I, Capítulo II, art. 136.º, n.º 1.

que, a nosso ver, impera seria então porque razão não se falou antes de crimes sexuais que podiam ser postos em prática por aqueles que estavam ao serviço da religião católica ou por que razão insistia a sociedade em ignorar certo tipo de condutas pecaminosas, quando, na realidade, eram provavelmente as mais frequentes.

De uma forma sintética e breve: o Título II – Dos crimes contra a Segurança do Estado – era composto por apenas três capítulos; o Título III – Dos crimes contra a ordem e tranquilidade pública – era o mais extensivo, dividido em doze capítulos; o Título IV – Dos crimes contra a liberdade das pessoas (aquele que mais nos interessa), em apenas cinco capítulos; o Título V – Dos crimes contra a propriedade, também ele composto por cinco capítulos; o Título VI – Da provocação pública – e, por fim, o Título VII – Das contravenções de polícia.

Importa ainda frisar a importância dada à autoridade pública, ao reino, aos superiores hierárquicos, algo que, ao longo daquele articulado legal, veio sendo reiterada constantemente. Prova disso, é o Título VI – composto apenas por um artigo – o 456.º – que preceituava que, aquele que, por meio da comunicação, palavra ou gesto, “provocasse um crime determinado”, seria punido com “prisão correcional”.¹⁵ De facto, era por deveras evidente a ideia que aqueles que expunham a sua opinião, caso esta se revelasse contrária à que era imposta pelo Estado, deveriam sempre ser alvos de uma punição – uma ideia narcisista que apenas abandonou Portugal com o fim do Estado Novo; algo que, nesta altura, ainda estava longe de acontecer.

Concretizando: a grande revolução causada pelo Código Penal de 1852 tange aos crimes sexuais e ao modo como eram definidos pela sociedade. Ao invés de integrarem a categoria de crimes contra a honra, como já supramencionado, passaram a ser encarados como verdadeiros “Crimes contra a Liberdade das Pessoas”.

O crime de violação estava previsto no artigo 391.º, juntamente com o de “estupro voluntário” e o “atentado ao pudor”, integrados no Capítulo IV do Título IV.

Começou, portanto, a ser associado ao crime de violação uma violência voluntária por parte do agressor ou do autor do crime, que fazia uso da força para saciar paixões lascivas ou por qualquer outro motivo.

¹⁵ Código Penal de 1852, Livro 2.º, Título VI, art. 456.º.

O estupro de mulher virgem, ou de viúva honesta, caso fossem maiores de 12 (doze) anos, mas menores de 17 (dezassete) anos, era punido com a pena de degredo temporário. Caso a mulher em causa, fosse virgem ou viúva honesta, fosse maior de 17 (dezassete) anos e menor de 20 (vinte) anos, a prisão seria correcional até 3 (três) anos. Posto isto, facilmente se percebe que o estupro era associado a mulheres mais novas, pelo menos, até aos 20 (vinte) anos.

O crime de violação era, por seu turno, quando a vítima mulher já não era menor, nem honesta, mas foi igualmente forçada, mais uma vez, por meio de violência ou por meios fraudulentos, a copular ilicitamente com outrem.

Para Inês Félix Martins, se não fosse a inserção destes crimes na parte especial do primeiro Código Penal, tudo nos levaria a crer que eram tratados como “uma contraordenação, de tanto que se assemelha à figura da coima.”¹⁶

Não será necessário ser jurista para nos dias de hoje se olhar para este diploma legal e constatar a inúmera quantidade de valores sociais que o mesmo violava. A importância que era concedida a este tipo de condutas criminosas não era muita e o facto de estar expressamente consagrado que, caso a mulher viesse a casar com o autor do crime, toda a pena cessaria (art. 400.º do Código Penal de 1852) apenas demonstra o quanto estas vítimas eram desprezadas pela sociedade.

Desde logo, era colocada a possibilidade da vítima se querer casar com o seu agressor, aquele que atentou contra a sua liberdade sexual – o que parte logo do pressuposto de que afinal a conduta que foi adotada pelo autor do crime não era assim tão gravosa, se até a vítima o poderia perdoar e querer contrair matrimónio consigo.¹⁷ Por outro lado, o facto de se casarem era razão suficiente para desvirtuar aquela conduta criminosa e cessar a pena. Pois bem, era aquela uma altura em que as circunstâncias supervenientes ao crime poderiam ser razão manifestamente suficiente e plausível para o

¹⁶ MARTINS, Inês Félix; “A Proteção da Mulher no Sistema Penal Português – A aplicação de medidas de coação acessórias no crime de violência doméstica e nos crimes sexuais”, em Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito, Escola do Porto, maio de 2017, pp.7.

¹⁷ “Afinal, que outro fundamento poderá justificar a realidade da vítima ter de conviver o resto da sua vida com a pessoa, nesta altura sempre um homem, que a estuprou ou violou?”; MARTINS, Inês Félix; “A Proteção da Mulher no Sistema Penal Português – A aplicação de medidas de coação acessórias no crime de violência doméstica e nos crimes sexuais”, em Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito, Escola do Porto, Maio de 2017, pp.7.

fazer desaparecer, sem qualquer tipo de punição associada. Sejamos então gratos por, nos dias de hoje, o simples perdão da vítima não ser o suficiente para a absolvição do crime.

Outra diferença notável – e que, ainda com toda a obscuridade daquele primeiro Código Penal, não pode ser olvidada – era a necessidade de a pessoa ofendida ter de se queixar perante a habitual justiça do Reino, dispunha o art. 399.º.

Para Ana Rita Alfaiate, “Os crimes sexuais previstos no CP de 1852 tinham, se nos servirmos das terminologias actuais, natureza semi-pública, só assim não acontecendo quando fossem praticados contra menor de doze anos (...)”.¹⁸

Ainda assim, era o próprio C.P. de 1852 que estabelecia que tais crimes possuíam natureza particular, mediante o art. 399.º do mesmo “As penas declaradas nos artigos antecedentes não podem ser impostas, sem que haja queixa da pessoa ofendida, ou dos seus pais, ou tutores, salvo nos casos seguintes: 1 – se a pessoa ofendida for menor de doze anos; 2 – se foi cometida alguma violência, qualificada pela Lei como crime, cuja acusação não dependa da acusação da parte.”.¹⁹

Cerca de trinta e quatro anos depois, entrou em vigor um outro diploma legal, que vigorou durante quase um século – o Código Penal de 1886 – e que, no fundo, no que diz respeito ao crime que aqui se encontra a ser objeto de análise, nada de substancial veio alterar.

Aprovado por Decreto-Lei de 16 de setembro de 1886, o Código Penal inseria o crime de violação no Livro II, Título III – Dos crimes contra as pessoas, etc -, no Capítulo IV – Dos Crimes contra a Honestidade – Secção II – “Atentado ao pudor, estupro voluntário e violação”.²⁰ No fundo, nada mudou. Todos os pressupostos para a punição (e absolvição/perdão) deste crime se mantiveram.

Parece então que terá sido com o sucessor deste Código que, em 1982, o paradigma se alterou. André Lamas Leite refere que «Na redacção original do vigente CP de 1982, os na altura propriamente designados “crimes sexuais” eram configurados como

¹⁸ ALFAIATE, Ana Rita; “A relevância penal da sexualidade dos menores”, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra 2008, pp. 42.

¹⁹ Código Penal de 1852, Livro 2.º, Título IV, Capítulo IV, art. 399.º.

²⁰ Código Penal Português, Decreto de 16 de setembro de 1886, Sétima Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1919 (art. 400.º) – disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

“crimes contra valores e interesses da vida em sociedade” e, em particular, como “crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”»²¹.

Pela primeira vez, este tipo de ilícito passou a ser denominado e a integrar-se efetivamente (como não podia deixar de o ser) na categoria de crimes sexuais, inserido no Título III – Dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade – Capítulo I – Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais- Secção II – “Dos crimes sexuais”.²²

O crime de violação tinha a sua consagração no art. 201.º do Código, cuja redação passou a ser a seguinte:

“1 - Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, grave ameaça ou, depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir ou ainda, pelos mesmos meios, a constranger a ter cópula com terceiro, será punido com prisão de 2 a 8 anos.

2 - Na mesma pena incorre quem, independentemente dos meios empregados, tiver cópula ou acto análogo com menor de 12 anos ou favorecer estes actos com terceiro.

3 - No caso do n.º 1 deste artigo, se a vítima, através do seu comportamento ou da sua especial ligação com o agente, tiver contribuído de forma sensível para o facto, será a pena especialmente atenuada.”²³.

Uma análise perfuntória deste preceito, permite apurar que a necessidade de violência, força ou ameaça continuava a ser um “*must-have*” para a punição deste tipo de crime.

Ainda que se tratasse de uma alteração meramente sistemática ou categórica, o facto de o crime de violação e o crime de estupro terem abandonado a ideia antiga de crimes contra a honestidade e passarem a ser denominados como crimes sexuais, percecionados, por sua vez, como crimes contra os valores éticos e sociais, pode-se afirmar

²¹ LEITE, André Lamas; “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas”, Revista Julgar, n.º 28, 2016, p. 61.

²² Segundo José Mouraz Lopes, o Código Penal de 1982 «ultrapassou o conceito de “crimes contra a honestidade” – a que se referia o Código Penal de 1886 (...)» contudo “(...) a concretização do que deve ser o verdadeiro bem jurídico a proteger pelos crimes em causa – a liberdade sexual – não foi integralmente assumida no Código de 1982 “, em “Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal – de acordo com a alteração do código pena operada pela Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto”, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2002, pp. 12.

²³ Decreto-Lei 400/82, de 23 de setembro, que aprovou o Código Penal de 1982.

com convicção que terá sido este o grande ponto de partida para a consagração penal que temos hoje no que toca a este tipo de crime.²⁴

Da análise deste Código, pôde-se constatar que os crimes sexuais tratavam de bens jurídicos supra-individuais, cuja proteção e salvaguarda se afigurava tão importante que era necessário o Estado intervir, fazendo uso do seu “*ius imperium*”.²⁵

Outra alteração significativa que não pode ser ignorada diz respeito ao abandono do paradigma social anterior que entendia que violar mulheres casadas ou não casadas consubstanciava dois tipos de conduta manifestamente distintas, razão pela qual também o castigo da conduta deveria ser diverso. De facto, o C.P. de 1982 abandonou essa conceção, defendendo apenas a violação da mulher, independente do seu estado social.

Passaram igualmente a existir circunstâncias de agravação, no que toca aos crimes sexuais, desde relações entre alunos, com superiores hierárquicos a - e ressalta-se esta como sendo a grande inovação – casos em que o agente fosse portador de uma “doença venérea ou sífilítica”²⁶ e disso tivesse conhecimento.

Não obstante o crescimento legislativo que se fez sentir na designação deste tipo de crimes, cremos que a infelicidade da redação ainda era bastante notória. O n.º 3 do art. 201.º previa a possibilidade de a vítima ter contribuído sensivelmente para o ato, o que permitiria, por seu turno, uma atenuação da pena. A questão que se impõe é a de saber o que pode ser considerado como “contribuição sensível para o ato”. Esta ampliação legislativa não só remontava ainda para as anteriores conceções sociais, que discriminavam as chamadas mulheres honestas daquelas que não o conseguiam ser (e que, portanto, de algum modo, não tinham os mesmos direitos que as restantes e que, aos olhos de terceiros, se tinham “posto a jeito” para o crime), como nos recorda também da desconfiança que nos dias de hoje se verifica para com a vítima (Será que a mulher usava roupas decotadas ou saias muito curtas? Será que persuadiu e iludiu o homem, dando-lhe a entender que queria algum tipo de contacto sexual com ele, quando na verdade não o queria?).

²⁴ MARTINS, Inês Félix; “A Proteção da Mulher no Sistema Penal Português – A aplicação de medidas de coação acessórias no crime de violência doméstica e nos crimes sexuais”, em Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito, Escola do Porto, maio de 2017, pp.8.

²⁵ LEITE, André Lamas; “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas”, Revista Julgar, n.º 28, 2016, p. 62.

²⁶ Art. 208.º, n.º 2 do C.P. de 1986.

Outra infelicidade legislativa mantinha-se: o Código Penal apenas falava em violação de mulher, restringindo, mais uma vez, este tipo de ilícito ao sexo feminino. Infelizmente, só mais tarde o povo entenderia que, não obstante o sexo da vítima, os crimes sexuais eram transversais.

Nesta altura, Manuel da Costa Andrade pugnava pela ilegitimidade da incriminação de condutas que tivessem por base uma razão “exclusivamente moral”, entendendo que aquelas que ocorriam no domínio da vida privada de um indivíduo, que não colidissem por nenhum meio ou forma com a liberdade sexual da pessoa, não deveriam ser criminalizadas.²⁷

Seguiu-se a reforma penal de 1995.²⁸ Aquela que veio alterar o Código Penal para melhor.²⁹

O Código vigente deriva do Diploma de 1982, que havia já sido alvo de cinco alterações e revisões, até á reforma profunda que teve lugar em 1995 e que marcou uma viragem na abordagem dos crimes sexuais.³⁰

Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, o C.P. autonomizou os crimes sexuais e integrou-os no Capítulo V – Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual – do Título I – Dos crimes contra as pessoas – do Livro II – Parte Especial – do Código Penal. Abandonou-se definitivamente a ideia de que estes crimes eram uma ofensa à sociedade em geral, que consubstanciavam um atentado aos interesses

²⁷ COSTA ANDRADE, Manuel da; “O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia”, in Jornadas de Direito Criminal – O Novo Código Penal Português e Legislação complementar, fase I, Lisboa, CEJ, 1983, pp. 203.

²⁸ Consta no introito do Decreto-Lei 48/95, de 15 de março que o “Código Penal de 1982 permanece válido na sua essência. A experiência da sua aplicação ao longo de mais de uma década tem demonstrado, contudo, a necessidade de várias alterações com vista não só a ajustá-lo melhor à realidade mutável do fenómeno criminal como também aos seus próprios objectivos iniciais, salvaguardando-se toda a filosofia que presidiu à sua elaboração e que permite afirmá-lo como um código de raiz democrática inserido nos parâmetros de um Estado de direito.” – DL 48/95, de 15 de março – disponível em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/185720/deta ils/normal?p_p_auth=4BLPyjym

²⁹ «Esta verdadeira mutação do bem jurídico protegido no campo dos crimes sexuais, no sentido da sua personalização, abriu o caminho para que o legislador “descobrisse”, daí em diante, outras vertentes da liberdade sexual carecidas de tutela», CAEIRO, Pedro; FIGUEIREDO, José Miguel; “Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau”, pp. 162-163.

³⁰ «Tratou-se de uma viragem fundamental na concepção dos crimes sexuais, viragem que, em nossa opinião, tendo em consideração as valorações jurídico-constitucionais hodiernas (e a “analogia material” entre valores constitucionais e bens jurídico-penais)», Maria da Conceição Ferreira da Cunha, em “Conceito de Violência no crime de Violação”, Jurisprudência Crítica, Revista Portuguesa de Ciências Criminais n.º 21, 2011, Coimbra Editora, pp. 466.

públicos³¹ – o que estava em causa era um bem jurídico-individual, o titular daquele bem era o próprio ofendido e esse sim é que deveria ser alvo de proteção jurídica.³²

Não podia ser de outra maneira. Não ignorando que os hábitos e costumes de uma qualquer sociedade estarão e serão sempre, de forma inevitável, um parâmetro para a criação de conteúdo normativo, não podem nem devem constituir “regra para seguir e aplicar indiscriminadamente.”³³

Destaca-se o ano de 1995 como o da mudança³⁴ – não só no campo dos crimes sexuais, mas também no que diz respeito a outras matérias. Não obstante não se tratar de um período em que a criminalidade tenha aumentado significativamente, por modo a justificar uma revisão legislativa, o certo é que a perspetivação dos comportamentos que vão contra a lei e que devem ser punidos se foi alterando progressivamente. Assim, começou a manifestar-se uma maior insegurança por parte da população em geral e “uma maior convicção da necessidade de utilizar o sistema penal para resolver problemas sociais”.³⁵ Logo, reportamo-nos a um período em que a sensibilidade da sociedade relativamente aos tipos de crime, no geral, mudou, não por a criminalidade ter aumentado em si mesma, mas por se ter verificado uma mudança nos tipos de crime que eram

³¹ «O direito penal sexual evoluiu no sentido de deixar de ser um “direito tutelar da ‘honestidade’, dos ‘costumes’ ou dos ‘bons costumes’ (...) para se tornar num direito tutelar de um bem jurídico perfeitamente definido e que reentra, de pleno direito, no capítulo contra as pessoas, o bem jurídico da liberdade e autodeterminação da pessoa na esfera sexual» - ANTUNES, Maria João; “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores”, Revista Julgar, n.º 12 (especial), 2010, pp. 153 e, no mesmo sentido, José Mouraz Lopes: “Importa salientar que em nenhum dos crimes contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual referidos se encontra, agora, a mais leve referência a qualquer conceito de índole moral.”, em “Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal – de acordo com a alteração do código penal operada pela Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto”, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2002, pp. 14.

³² LEITE, André Lamas; “As alterações de 2015 (...)” p. 62; “(...) o que importa que o seu específico titular é o/a concreto/a ofendido/a, dúvidas não existindo que o bem jurídico assume a natureza em exclusivo individual.”. Ainda relativamente ao bem jurídico, “só existe crime quando haja bem jurídico” -TORRÃO, Fernando; “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais (mudança de paradigma do novo Código Penal)”; Estudos no Curso de Mestrado, Boletim da Faculdade de Direito, 71, Coimbra, 1995, pp. 547.

³³ LOPES, JOSÉ MOURAZ, “Os Crimes contra a Liberdade (...)”, Coimbra Editora, 2002, pp. 15.

³⁴ Foi nesta altura que a violação surgiu como uma “coacção sexual qualificada” - DIAS, Jorge de Figueiredo; CAEIRO, Pedro (1997): “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”, in *Enciclopédia Polis da Sociedade e do Estado*. Vol. 1. 2ª Ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1997, p. 1397.

³⁵ PALMA, Maria Fernanda; “A Revisão de 1995 do Código Penal de 1982 no contexto da reforma do sistema penal: A Tutela da Pessoa e a Eficácia do Sistema”, em Jornadas de Direito Criminal: revisão do Código Penal – conferências proferidas na Aula Magna da Reitoria da Universidade de Lisboa em 3 de Julho de 1995”, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, Volume 1, 1996, pp. 136.

praticados, contribuindo, desse modo, para que a sociedade se sentisse insegura e recorresse à justiça penal para se proteger da criminalidade.³⁶

Em legislações precedentes, a violação (o ato em si) envolvia apenas a cópula vaginal e uma das grandes alterações da reforma de 1995 concerne ao alargamento do conceito de violação ao coito anal³⁷.

Previsto no art. 164.º, o crime violação pecou ao admitir apenas o sexo feminino como vítima e ao manter o paradigma da necessidade de empregar violência como requisito para o preenchimento deste tipo legal de crime.³⁸

Neste diploma legal, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual foram uma das grandes preocupações legislativas, em especial quando fossem praticados contra menores, termos em que o abuso sexual de crianças, previsto e punível nos termos do art. 172.º do C.P. de 1995, não fazia discriminação entre o sexo do menor abusado.

Terá sido nesta altura que se passou da tutela da “moralidade sexual” para a tutela da “liberdade sexual”³⁹, algo que nas palavras de Costa Andrade assume duas vertentes – uma negativa, que significa recusar aquilo que não queremos e uma positiva⁴⁰, que

³⁶ “(...) o substancial agravamento das molduras penais respeitantes aos crimes sexuais (...)”, tendo em conta o propósito da reforma de 1995 e o seu escopo de “(...) punir mais severamente os crimes contra as pessoas” - - DIAS, Jorge de Figueiredo; CAEIRO, Pedro (1997): “Crimes contra (...)”, 1997, p. 1397.

³⁷ MARTINS, Inês Félix; “*A Proteção da Mulher no Sistema Penal Português (...)*”, pp.10; “(...) talvez numa tentativa de construção de neutralidade de género quanto à potencial vítima deste crime.”.

³⁸ Ainda assim, foi em 1995 que foi eliminada (à partida) a “suspeição normativa de provocação da mulher na violação” - BELEZA, Tereza Pizarro; “Anjos e Monstros – A Construção das Relações de Género no Direito Penal”, Revista Ex aequo, n.º 10, 2004, pp. 34.

³⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da; “*Do dissentimento à falta de capacidade para consentir*”, em “Combate à Violência de Género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal”, Universidade Católica Editora, Porto, Coleção Atas, fevereiro de 2016, pp.134.

No mesmo sentido, Vera Lúcia Raposo que afirmou que depois de «(...) um período de “trevas”, temos hoje uma codificação centrada na liberdade sexual.» a qual assume, por sua vez, “vital importância”, tendo em conta que a sexualidade é “um dos mais relevantes domínios da vida dos indivíduos e possibilita-lhes a realização plena como ser humano” - RAPOSO, Vera Lúcia; “Da moralidade à Liberdade: o Bem jurídico tutelado na criminalidade Sexual”, em Separata de Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, 2003 (...) pp. 933.

⁴⁰ Para Fernando Torrão, o “Direito Penal, com a natureza subsidiária que se lhe atribui, deve ter como primeira preocupação a tutela da liberdade sexual na vertente negativa, protegendo as pessoas de investidas sexuais não queridas que revistam uma certa gravidade. Paralela e automaticamente, está o Direito Penal a restringir, na medida do necessário, a liberdade sexual no seu sentido positivo.” em “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais (mudança de paradigma do novo Código Penal)”; Estudos no Curso de Mestrado, Boletim da Faculdade de Direito, 71, Coimbra, 1995, pp. 563.

significa ter a liberdade para praticar, por livre iniciativa, aquilo que bem entendermos, a nível sexual.⁴¹

A grande inovação legislativa eliminou, por completo, a possibilidade de atenuação da pena, anteriormente prevista no n.º 3 do art. 201.º, caso a vítima contribuísse para a consumação do crime.

Contudo, só com a Reforma penal de 1998 é que o homem passou a integrar o conceito de vítima no crime violação e o art. 164.º passou a ter a seguinte redação:

“Artigo 164.º

[...]

1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.”⁴²

Foi nesse ano que se verificou mais um alargamento deste tipo de crime: acresceu à cópula vaginal e ao coito anal o coito bucal, como conduta punível quando contra a vontade de outrem.

Precedentemente, podia-se ler no C.P., já proficientemente alterado pela revisão de 95, “Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, ameaça grave (...)”, o que nos remete para um época um tanto ou quanto fundamentalista, que ainda nem imaginava (ou assim o queria fazer entender aos demais) que as vítimas de violação poderiam pertencer ao sexo masculino.

Não obstante esse entendimento, graças ao desenvolvimento e crescimento cultural (e mental), foi em 1998 que o artigo 164.º alterou a redação do número um e bem assim o próprio tipo criminal de violação, com uma alteração deveras significativa do tipo de vítimas possíveis. Pela primeira vez neste tipo de crime, a palavra ofendido passou a fazer parte do leque vocabular (agora sim, poderemos efetivamente fazer uso da palavra

⁴¹ COSTA ANDRADE, Manuel da; *“Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)”*, Coimbra Editora, Limitada, 1991, pp. 395.

⁴² Lei 65/98, de 2 de setembro – disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/566854/details/>

ofendido, no género masculino, abrangendo, portanto, todos os géneros e sexos, algo que, até àquele ano, não se afigurava sequer como uma possibilidade).⁴³

Além da reforma que se fez sentir no número um daquele preceito legal, também o número dois sofreu alterações. Enquanto que, em 1995, o artigo previa, na sua composição literária, o coito anal, como um comportamento diversificado dos já inseridos no número um, autonomizando-o separadamente, em 1998, o número dois previa o crime de violação, em situações muito específicas, como quando alguém se fez valer de um relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho para constranger outra pessoa, abusando assim da autoridade que detinha.

Esta reforma legislativa foi o resultado de propostas governamentais que vinham reunido esforços, há já vários anos, mas que não tinham conseguido, ainda, fazer vingar a sua pretensão. Já em 1995, o Partido Socialista de então, liderado pelo Eng.º António Guterres, havia pugnado pela inserção e modificação das cláusulas legislativas do tipo de crime de violação, mas sem efeito. O Partido Social Democrata, que na altura representava a maioria nacional, apresentava-se relutante em aceitar as propostas socialistas, talvez por receio do impacto social que acarretariam.⁴⁴ Assim, só em 98 é que o artigo 164.º do Código Penal equipara, no seu número um, à cópula vaginal, o coito anal e o coito oral, todos eles denominados como atos sexuais de relevo.⁴⁵

⁴³ “Assim tipificado, parece não oferecer dúvidas de que (também) o homem pode ser *sujeito passivo* deste crime, assim como (também) a mulher pode ser *agente* do crime. – RAMOS, Fernando João Ferreira; “Os crimes sexuais no Projecto de Revisão do Código Penal de 1982”, Revista Portuguesa de Ciências Criminais, volume 1, 1993, pp. 55.

⁴⁴ LOPES, JOSÉ MOURAZ, “Os Crimes contra a Liberdade (...)”, Coimbra Editora, 2002, pp. 34.

⁴⁵ A expressão ato sexual de relevo não se encontra determinada na legislação penal, o que confere ao legislador português margem de manobra, mais que suficiente, por se revelar um conceito tão indeterminado. Está previsto em crimes como a coação sexual e a fraude fiscal, mas até hoje não existe uma concretização legal do seu verdadeiro significado. Naturalmente que atos como a cópula, o coito anal e oral são considerados como atos sexuais relevantes. No entanto, a dúvida surge quando não está em causa nenhum dos comportamentos elencados supra, mas outros que, apesar de não serem tão graves, ainda assim, possuem gravidade e atentam contra a liberdade sexual de outra pessoa. Muitas são as legislações que optaram por concretizar aquilo que, na sua ótica, se entenderia por “atos sexuais”, como sucedeu no panorama Suíço. No Brasil, quando não estejamos perante um ato de cópula sexual, poderão ser considerados igualmente relevantes todos aqueles que logrem satisfazer o instinto sexual da pessoa - LOPES, JOSÉ MOURAZ, “Os Crimes contra a Liberdade (...)”, Coimbra Editora, 2002, pp. 23-27. Como é bom de ver, quando nos referimos a um ato sexual de relevo, importa analisar as circunstâncias e o momento em que esse ato foi praticado e bem ainda analisar circunspetamente o bem jurídico que foi violado. A liberdade sexual, o bem jurídico que se visa tutelar com a incriminação de atos sexuais, possui limites e tais limites variam, naturalmente, de indivíduo para indivíduo. Aquilo que para nós poderia representar uma manifesta violação da nossa liberdade sexual, como o passar a mão na perna, poderá não deter a mesma importância e gravidade para outros. Daí que seja até concebível a opção do legislador português de não consagrar uma definição apurada da noção de ato sexual de relevo, o que contribuiria certamente para divergências doutrinárias e até

O “pensamento-base” de 1995 e 1998, no que toca á construção penal deste tipo de condutas, diz-nos André Lamas Leite que consistia no seguinte: o Estado intervinha, para punir tais comportamentos, apenas em duas situações, isto é se fossem atos sexuais praticados contra menores (e que portanto não tinham ainda capacidade e idoneidade para distinguir o bem do mal, o correto do incorreto) e caso se tratasse de atos sexuais praticados sem o consentimento ou acordo de outrem. Só nesses casos, a tutela penal era acionada.⁴⁶

Ainda assim, muitos criticam a revisão do Código Penal de 1995, por não a conceberem como uma verdadeira reforma legislativa. No que concerne aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, Maria Fernanda Palma denota uma evidente incoerência: em face de se terem autonomizado um conjunto diversificado de crimes nesta categoria e simultaneamente lhes ter sido atribuída a natureza de crimes semipúblicos.⁴⁷ Para Teresa Pizarro Beleza, esta revisão penal ficou muito aquém de uma efetiva reforma, não mudando a sua filosofia e espírito e não se revelando suficientemente severa na medida das penas que prevê.⁴⁸

Para outros, e vendo o Código Penal como um instrumento inevitável de defesa das pessoas⁴⁹, da coexistência pacífica e da coesão comunitária, a Revisão Penal de 1995

mesmo para convergências, ao nível da honra, de cada um de nós. Se a lei estipulasse minuciosamente que ato sexual de relevo era aquilo e pronto, sem mais, estaria, de algum modo, a atentar contra a liberdade sexual de cada um de nós, que possui os limites que cada um de nós impõe e exige serem respeitados (e que variam de pessoa para pessoa). Claro que os problemas e conflitos surgem quando estamos perante um abuso sexual de uma criança, que não sabe os limites da sua liberdade sexual, ou melhor, que nem sequer detém conhecimento para compreender o ato sexual de que está a ser vítima. Aí sim, deveríamos ser apologistas da concretização deste conceito, para que dúvidas não subsistissem. Teresa Pizarro Beleza defende o princípio genérico delimitador dos tipos, pugnando que apenas um ato sexual de relevo é suscetível de incriminação face à generalidade dos tipos legais, por exemplo, para a Autora, um beliscão passageiro e o encaminhar alguém para participar em filmes pornográficos não preenche o tipo. Ainda assim, é necessário interpretar esta expressão de “atos sexuais de relevo” de forma restritiva, recorrendo-se sempre à “ideia de adequação social” - Sem sombra de pecado: o Repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, em Jornadas de Direito Criminal: revisão do Código Penal – conferências proferidas na Aula Magna da Reitoria da Universidade de Lisboa em 3 de Julho de 1995”, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, Volume 1, 1996, pp. 167-168.

⁴⁶ LEITE, André Lamas; “As alterações de 2015 (...)” p. 62.

⁴⁷ PALMA, Maria Fernanda; “A Revisão de 1995 do Código Penal de 1982 no contexto da reforma do sistema penal: A Tutela da Pessoa e a Eficácia do Sistema”, 1996, pp. 143.

⁴⁸ Para a Autora, “Os limites gerais das penas não se alteraram significativamente, a aposta legal nas medidas não detentivas acentua-se, a descriminalização e a neocriminalização mantêm-se dentro de limites contidos.” em “Sem sombra de pecado: o Repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal” (...) pp. 161.

⁴⁹ DIAS, Jorge Figueiredo; “Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal Português em Jornadas de Direito Criminal: revisão do Código Penal (...)”, pp .22.

carreou consigo pontos bastante positivos que já se tinham feito sentir aquando do C.P. de 1982.

Para Figueiredo Dias, o C.P. de 1982 marcou o início de uma nova era e um novo modo de se administrar a justiça penal portuguesa, enquanto muitos questionaram a razão de ser de rever um Código praticamente novo como o foi de 1982 e os problemas dogmáticos e complexos que dessa revisão poderiam advir.

O Autor vangloria o êxito tremendo do C.P. de 1982⁵⁰, pelo mesmo ter assente o denominado princípio personalista, que olha e atenta, predominantemente, na pessoa humana, seja essa pessoa o arguido, o delinquente, a vítima, um terceiro ofendido.⁵¹ É assim encarado pelo Professor Figueiredo Dias como um código que serviu para marcar não só um limite ao exercício da liberdade, mediante a consagração de normas incriminadoras, como também de instrumento dessa mesma liberdade, olhando sempre, de forma atenta e preocupada, para a pessoa humana e para a sua dignidade, que não deve, em momento algum, ser violada.

E é essa ideia inovadora trazida pelo C.P. de 1982 que, na concepção de Figueiredo Dias, a revisão penalista de 95 se esforçou por manter e avivar, não esquecendo em simultâneo as “opções político-criminais de fundo nova, ou que em todo o caso patentemente se renovam”.⁵²

Quanto a nós, se foi em 1982 que, pela primeira vez, se ouviu falar de crimes sexuais, a realidade é que foi em 1995 que a legislação penal começou a limar as suas arestas e a aperfeiçoar os seus termos, de modo a que possamos nós, hoje, configurar a matéria de crimes sexuais como ampla, abrangente, ou até quase perfeita.

Não obstante todas as insuficiências e incongruências que ficaram por colmatar e suprir, não se pode retirar o mérito àquela revisão legislativa. No que toca à matéria de crimes sexuais, a revisão esmerou-se e superou todas as expectativas que nela tinham sido depositadas. Foi com ela que o bem jurídico tutelado no crime de violação passou a ser,

⁵⁰ O C.P. de 1982 procurou “concretizar o princípio da congruência ou analogia substancial entre a ordem de valores jurídico-constitucional e a ordem de valores penal” - RAPOSO, Vera Lúcia; “Da moralidade à Liberdade: o Bem jurídico tutelado na criminalidade Sexual” (...) pp. 937.

⁵¹ DIAS, Jorge Figueiredo; “Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal Português em Jornadas de Direito Criminal: revisão do Código Penal (...)”, pp. 27.

⁵² DIAS, Jorge Figueiredo; “Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal Português em Jornadas de Direito Criminal: revisão do Código Penal (...)”, pp. 28.

apenas e só, sem espaço para moralidades públicas e culturalismos insignificantes, a liberdade sexual – o único que, nesta sede, importará imperiosamente proteger, sempre.

Por outro lado, a revisão penal de 2007, veio acrescentar ao art. 164.º do Código algo que, até então, estava longe de ser previsto e punível: “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;”.⁵³

Já no ano de 2015, a Lei 83/2015, de 5 de agosto veio acrescentar ao Código Penal novos crimes, ou, pelo menos, veio autonomizar alguns deles, concretamente o crime de perseguição, de casamento forçado e o de mutilação genital. Também ao crime de importunação sexual foi dada outra ênfase. Em 1995, integrava a categoria dos chamados “crimes ou atos exibicionistas”, em 2007 tomou a designação concreta de importunação sexual e em 2015 passou a incluir o núcleo de propostas de teor sexual.

O crime violação, por seu turno, naquela revisão legal, apenas viu a sua moldura penal alterada (e abandonou qualquer tipo de referência a casos de abuso de autoridade ou de relações hierárquicas, prevendo apenas isso enquanto circunstância agravante da punição), sendo que atos violentos ou ameaçadores continuaram a fazer parte do seu preenchimento típico, previstos no número um do artigo 164.º do C.P.

Impulsionado pela Convenção de Istambul, que adiante será objeto de melhor reflexão, em 2015, o C.P. procurou clarificar e criminalizar comportamentos em que um indivíduo fosse constrangido, por outrem, á pratica de um relacionamento sexual não consentido, independentemente de qual fosse o meio de constrangimento utilizado para o efeito (número dois do artigo 164.º). A moldura penal manteve-se mais gravosa, para quem constrangesse, por meio de violência ou ameaça, porém, a esfera da criminalização deste tipo de comportamentos foi alargada e passou a integrar outro tipo, não especificando o meio de constrangimento.⁵⁴

Hoje, em 2019, o art. 164.º mantém a sua última redação (desde a última revisão ao Código): “ - *Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa:*
a) *A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou*

⁵³ Lei 59/2007, de 4 de setembro, disponível em www.pgdlisboa.pt

⁵⁴ FONSECA, Filipa Ribeiro; “Atos Sexuais: Distinções Penalmente Relevantes”, em Dissertação de Mestrado na Universidade Católica Portuguesa do Porto, maio de 2018, pp. 9.

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de três a dez anos.

2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.”

Contudo, importa, já nesta sede, evocar a polémica que se tem verificado no último ano, no que diz respeito ao crime em reflexão. Ainda que mais adiante vá ser alvo de uma análise certamente mais atenta, cumpre agora deixar em aberto a questão que impera responder, no seguimento da análise efetuada a outras legislações europeias relativamente a este tipo de crime: por que motivo a ordem penal portuguesa optou pela expressão “constranger” (constrangimento), quando outras legislações, concretamente a alemã, preferiram o uso da expressão “sem consentimento” do ofendido. Lograremos, portanto, em tudo aquilo que couber analisar e estudar, obter uma resposta ponderada sobre esta questão.

2. A Convenção de Istambul e o Crime de Violação Sexual

Entre 2007 e 2015, a legislação nacional enfrentou um período de estagnação, não existindo nenhuma alteração legislativa que importe, durante aquele período, realçar, no que tange ao tipo de crime que aqui é objeto de reflexão.

Sucedede que, a par do Código Penal Português, surgiu em 2011 um outro diploma legal, de natureza europeia, que dois anos mais tarde viria a ser ratificado e subscrito por Portugal e que serviu como uma plataforma de ampliação e proteção dos direitos fundamentais das vítimas do género feminino e vítimas de qualquer tipo de violência. Aliás, serviu como instrumento base à legislação nacional para que, também nos seus dispositivos, se passasse a verificar um conjunto de “normas vinculativas para prevenção e combate à violência contra as mulheres”.⁵⁵

Assim, foi em Istambul, a 11 de maio de 2011 que surgiu a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a

⁵⁵ MOREIRA, Vânia Pereira; “O crime de violação à luz do bem jurídico liberdade sexual – Reflexões acerca da alteração ao n.º 2 do art. 164.º do Código Penal”, em Dissertação de Mestrado na Universidade Católica Portuguesa, pp. 15.

Violência Doméstica. Um documento normativo europeu que preceitua um conjunto de regras vinculativas e imperativas, mediante o reconhecimento de inúmeros valores e princípios morais como a igualdade de género entre homens e mulheres e a proibição de qualquer tipo de violência contra as mulheres, partindo do pressuposto de que as vítimas de violência doméstica e violência sexual são maioritariamente do sexo feminino e de que “a violência contra as mulheres é um dos mecanismos sociais cruciais através dos quais as mulheres são mantidas numa posição de subordinação em relação aos homens”.⁵⁶

Ainda assim, aquela que veio a ser denominada como “Convenção de Istambul” não ignorou as vítimas de violência doméstica do sexo masculino, afigurando-se, assim, como o ponto de partida para uma mudança na conceção e perspetivação dos crimes sexuais.

Uma leitura atenta do preâmbulo da Convenção de Istambul permite ao seu leitor descobrir o principal escopo daquele diploma normativo vinculativo: contribuir para a criação de uma Europa livre de violência contra mulheres e livre de violência doméstica (sendo, neste circunspecto, que não esqueceu que também os homens, ainda que o tentem esconder ou omitir, figuram no papel de vítimas, em muitos dos casos).

No mesmo mês da sua publicação, Portugal foi um dos Estados-Membros subscritores da Convenção de Istambul, contudo, foi a 21 de janeiro de 2013 que foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República 4/2013 e que Portugal assumiu o primeiro lugar europeu na ratificação daquele instrumento normativo⁵⁷ e foi a 1 de agosto de 2014 que este entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa.

⁵⁶ Convenção de Istambul, disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>. No mesmo sentido, estudos realizados a nível europeu demonstravam que em 2007, em quase metade dos casos, os agressores das mulheres eram maridos ou companheiros e que em 60% por das situações, a maioria das vítimas do sexo feminino era agredida em casa. De facto, os homens constituíram a “esmagadora maioria da população prisional (...) sendo os principais condenados por crimes de homicídio e índole sexual”. – TORRES, Anália; “Igualdade de género ao longo da vida”, Fundação Francisco Manuel dos Santos; maio de 2018; pp. 41 e 60. Em sentido diverso, Teresa Pizarro Beleza confessa que o «Direito penal é zona do jurídico particularmente curiosa, em termos de “igualdade”» atento o facto de os homens serem mais vezes “acusados, condenados e presos”. A autora realça a “desigualdade invertida” nesta sede jurídico-criminal – BELEZA, Tereza Pizarro; “Anjos e Monstros – A Construção das Relações de Género no Direito Penal” (...), pp. 34.

⁵⁷ «“Portugal é o primeiro Estado-membro da União Europeia a ratificar a Convenção de Istambul e isso é também um sinal importante”, assinala, em comunicado, o deputado português Mendes Bota, relator-geral para a violência contra as mulheres da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa» em “Público”, Lusa, 5 de Fevereiro de 2013, 17:08, disponível em <https://www.publico.pt/2013/02/05/sociedade/noticia/portugal-ratifica-convencao-do-conselho-da-europa-sobre-violencia-contra-mulheres-1583402#gs.nTL66kz>.

Uma das questões mais pertinentes que surge quando deparados com a Convenção de Istambul é a identificação do bem jurídico que esta visa tutelar com a incriminação de determinadas condutas.

Ora, no artigo 3.º da Convenção esclareceu-se o que se devia entender por violência contra as mulheres, integrando esse tipo de comportamento qualquer ato de violência que resulte em danos ou sofrimento de natureza física, sexual, psicológica ou económica para as mulheres, “incluindo a ameaça do cometimento de tais atos, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade”⁵⁸, sendo que neste diploma são definidas como mulheres todas as vítimas do sexo feminino, incluindo raparigas menores de 18 anos.

Reportando-nos apenas aos crimes sexuais, o artigo 36.º da Convenção impõe que as partes (leia-se Estados Membros) tomem as medidas necessárias ou outras para criminalizar as seguintes condutas:

“a. a penetração vaginal, anal ou oral não consentida, de carácter sexual, do corpo de outra pessoa com qualquer parte do corpo ou com um objeto; b. outros atos de carácter sexual não consentidos com uma pessoa; c obrigar outra pessoa a praticar atos de carácter sexual não consentidos com uma terceira pessoa.” (itálico nosso).

É no número dois do mesmo preceito legal que podemos constatar que o consentimento deverá ser dado voluntariamente, “por vontade livre da pessoa”, tendo sempre em linha de conta as circunstâncias concretas de cada caso. O número três do artigo 36.º não olvida também os atos cometidos entre atuais cônjuges ou ex-cônjuges.

Quando nos referimos a crimes sexuais, concretamente ao da violação, falamos de um tipo de ilícito criminal que nem sempre é fácil de provar – não só em face dos testemunhos das alegadas vítimas, que vieram descredibilizar os depoimentos das verdadeiras, como também por se tratar de um crime que nem sempre é reportado às competentes autoridades e que, quando o efetivamente é, já não é possível identificar meios de prova que subjazam a pretensão da vítima e comprovem o preenchimento do tipo.⁵⁹

⁵⁸ Convenção de Istambul, disponível em <https://rm.coe.int/168046253d> – artigo 3.º, alínea a), pp. 4.

⁵⁹ MOREIRA, Vânia Pereira; “O crime de violação à luz do bem jurídico liberdade sexual – Reflexões acerca da alteração ao n.º 2 do art. 164.º do Código Penal”, em Dissertação de Mestrado na Universidade Católica Portuguesa, pp. 15.

Daí que esta Convenção tenha optado por estabelecer que apenas estamos perante um crime de violação, quando não haja consentimento, ou concordância por parte da vítima e que, a fim de se averiguar da existência ou não desse consentimento, tenha sempre que se atender às circunstâncias envolventes.⁶⁰

Para Maria da Conceição Ferreira da Cunha, resulta cristalino da análise deste preceito que o bem-jurídico que a Convenção pretende tutelar é, sem mais, o da liberdade sexual⁶¹ da vítima, atenta a forma como pormenoriza o que se deve entender por consentimento.

No fundo, aquilo que se retira daquele artigo é que estaremos perante o crime sexual de violação, quando posto em prática algum dos atos elencados supra e desde que sejam praticados contra a vontade da vítima, fora do seu consentimento, violando, assim, a sua liberdade sexual.

Como diz e bem a Autora Maria da Conceição Ferreira da Cunha, na sua reflexão minuciosa sobre a Convenção de Istambul, “Agente será quem impõe a sua vontade à vontade da vítima.”⁶²

De facto, é aqui que se começam a identificar os pontos em comum com a legislação portuguesa, que, em 1995 abandonou a ideia de proteção da moralidade e ordem

⁶⁰ “A Convenção de Istambul, exigindo a criminalização de qualquer ato sexual não consentido, impõe que nos crimes de violação e de coação sexual sejam abolidos os requisitos da violência e da ameaça grave, como elementos constitutivos dos tipos legais de crime previstos nos artigos 163.º, n.º 1 e 164.º, n.º 1 do CP.” – SOTTOMAYOR, Clara; “A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género; Istanbul Convention and the new paradigm of gender violence”, Dossier: Violências de Género (...). De facto, a Convenção prescreve que a violação e outras formas de abuso ou violência sexual sejam definidos como crimes contra a integridade física da pessoa e contra a sua autonomia sexual. Para este diploma, basta que não haja consentimento por parte da vítima para que se esteja perante a prática de um ilícito-criminal, falta de consentimento essa que tem de ser livre, voluntário e expresso de acordo com as circunstâncias concretas de cada caso. Posto isto, esta Convenção defende que uma definição de abuso sexual ou violação deve incluir uma panóplia abrangente de circunstâncias coercivas que impeçam a vítima de conseguir exprimir livremente o seu dissentimento, sendo que, fora desse conjunto de circunstâncias, exigem-se meios de prova por forma demonstrar que a vítima não conseguia, de alguma forma, revelar a sua falta de vontade. - “Right to be free from rape – overview of legislations and state of play in Europe and International Human Rights standards”, Amnesty International, Issued 19 January 2018, Updated 7 November 2018, pp. 28.

⁶¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da; “*Do dissentimento à falta de capacidade para consentir*”, em “Combate à Violência de Género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal”, Universidade Católica Editora, Porto, Coleção Atas, fevereiro de 2016, pp.133.

⁶² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da; “*Do dissentimento à falta de capacidade para consentir*” (...) pp.133.

pública para passar a tutelar a liberdade e a autodeterminação sexual (quando esteja em causa um menor).⁶³

Além do bem jurídico da liberdade sexual que se consegue extrair do preceito 36.º da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, consegue-se, igualmente, verificar que, no mesmo artigo normativo, não existe qualquer exigência de um ato de violência para com a vítima do crime.

Destarte, contrariamente ao atualmente vertido no artigo 164.º do Código Penal Português, [“Quem, por meio de violência, ameaça grave (...)” ou “Quem (...) constranger (...)”], a Convenção de Istambul, em momento algum da sua redação, exige a verificação de um elemento físico, agressivo, coercivo para com a vítima do crime.

Ora, é certo que Portugal ratificou a Convenção de Istambul, em 2013 e é facto assente que foi o primeiro Estado Europeu a transpor este instrumento normativo para a sua ordem jurídica, porém, é igualmente certo que não adotou, na íntegra, os parâmetros legais daquele diploma, algo que se conclui pelas diferenças notórias entre o conceito de violação sexual preceituado na Convenção, assente no modelo do consentimento e aquele que está expressamente consagrado no artigo 164.º do nosso C.P., assente no modelo do constrangimento.

Ainda assim, pode-se concluir que Portugal aderiu e cumpre, ainda, com as exigências da Convenção e prova disso é o n.º 2 do seu artigo 164.º, que está previsto para tutelar todos os casos em que o titular do bem jurídico foi constrangido, por outrem, à prática de um ato sexual, sem o seu consentimento.⁶⁴

⁶³ Para Inês Ferreira Leite, “(...) existem três níveis de intensidade no modo de lesão do bem jurídico liberdade, no que respeita à formação e manifestação da vontade, no âmbito da tutela da sexualidade entre adultos: a) A tutela da liberdade enquanto mera manifestação do sentido da vontade (...) b) A tutela da liberdade enquanto manifestação espontânea de vontade (...) c) A tutela da liberdade enquanto autonomia do processo de formação da vontade (...)”, acreditando a Autora que também nos crimes sexuais contra menores o bem jurídico a tutelar é (“ainda e sempre”) o da liberdade sexual – “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais, no âmbito do II Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento em Direito de Investigação Criminal e da Prova, Faculdade de Direito de Lisboa, abril 2010, pp. 9-10.

⁶⁴ “A introdução do n.º 2 na redacção actual dos arts. 163.º e 164.º, efectuada pela Lei n.º 83/2015, de 05/08, visou adequar a legislação portuguesa à Convenção de Istambul (...)” - CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)”, junho de 2019, pp. 11.

3. Análise Crítica do Artigo 164.º do Código Penal Português

Resulta cristalino de uma primeira leitura do artigo 164.º do C.P. que o bem jurídico tutelado, com as incriminações nele apostas, é, sem sombra de dúvidas, o da liberdade sexual.

Ignorando todas as anteriores conceções moralistas, não subsistem dúvidas de que o crime de violação existe e é criminalizado na nossa ordem jurídica por se revelar um atentado e uma ofensa à liberdade sexual da vítima, a qual se viu forçada (ou constrangida) à prática de determinados atos com cariz sexual, contra a sua vontade.

Este tipo de ilícito criminal enquadra-se na lista exaustiva de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (Capítulo V do C.P.) sendo o próprio Código que efetua esta destrição entre liberdade sexual (Secção I do Capítulo V) e autodeterminação sexual.

A revisão do C.P. de 1995 permitiu revolucionar o modo de criminalização do ato de violação, em que os crimes sexuais deixaram de proteger a moralidade e começaram a tutelar a liberdade e autodeterminação sexual.⁶⁵ Algo que, para Maria da Conceição Ferreira da Cunha permitiu restringir a criminalização de crimes sexuais (isto é, nem todos os comportamentos sexuais constituem uma violação da ordem jurídica portuguesa ou violação de um bem jurídico, como, por exemplo, a homossexualidade) e simultaneamente ampliou a incriminação de certas condutas com cariz sexual – isto porque, o objetivo passou a ser tutelar a liberdade sexual das pessoas, daí que se tenha de prever uma panóplia de comportamentos sexuais que atentem contra aquele bem jurídico.⁶⁶

Destarte, há que ter sempre bem assente qual o bem jurídico tutelado – a liberdade sexual da pessoa, do indivíduo em si mesmo, enquanto um bem pessoal, íntimo, que só a ele diz respeito e não o da liberdade sexual da comunidade, como outrora foi visto.⁶⁷

⁶⁵ “A divisão do capítulo em análise em duas subdivisões – crimes contra a liberdade sexual e crimes contra a autodeterminação sexual – pressupõe uma distinção bem clara entre aquilo que se pretende tutelar e proteger com os diferentes crimes aí incluídos”; LOPES, JOSÉ MOURAZ, “Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal – de acordo com a alteração do código penal operada pela Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto”, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2002, pp. 13.

⁶⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da; “Conceito de Violência no crime de Violação”, *Jurisprudência Crítica, Revista Portuguesa de Ciências Criminais* n.º 21, 2011, Coimbra Editora, pp. 468.

⁶⁷ LOPES, JOSÉ MOURAZ, “Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal – de acordo com a alteração do código penal operada pela Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto”, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2002, pp. 15.

Importa atender aos quesitos que têm forçosamente de ser preenchidos para que se possa afirmar com convicção que existiu nitidamente um crime de violação e que deve o mesmo ser punido pela ordem jurídica. Pois bem, se é o próprio Código que nos revela, a certa altura, que este tipo de crime se verifica quando alguém constrange outrem, forçando-o a sofrer ou praticar determinados atos, significa portanto que a autonomia daquele indivíduo foi condicionada, sofreu limitações que não o permitiram desvincular-se daquele outrem que, contra ele, exerceu a sua vontade.

Resta agora saber o que é necessário para que alguém seja efetivamente punido pela prática deste ilícito criminal ou, melhor concretizando, que elementos normativos têm obrigatoriamente de se verificar para que alguém possa ser identificado como vítima de um crime de violação.

À primeira vista, estando em causa a tutela da liberdade sexual, parecer-nos-ia suficiente que tais atos, de cariz sexual, fossem praticados apenas contra a vontade da vítima, sem o seu consentimento, sem a sua concordância. Essa seria a forma mais fácil de prever e preencher este tipo de crime. Contudo, não é isso que a nossa lei exige (e, por um lado, ainda bem). Isto porque, tratando-se de um crime de difícil prova, já *per si*, mais difícil seria provar que não existiu consentimento por parte da vítima, se esta não o demonstrar.

Daí que a lei portuguesa exija a verificação de outros pressupostos – e é aqui que as divergências doutrinárias têm o seu ponto de partida – nomeadamente, a existência de violência física do agente para com a vítima ou que faça o agente uso de outros meios de constrangimento, como, por exemplo, a ameaça grave.

Já objeto de análise foi o facto de a Convenção de Istambul não exigir a violência física para a consumação do crime de violação. Não obstante o nosso país ter sido grande ativista na ratificação de tal instrumento, não adotou o mesmo tipo de previsão legal.

Isto é, Portugal criminaliza sim os comportamentos prescritos na Convenção, concretamente a penetração vaginal, anal ou oral não consentida, de carácter sexual, do corpo de outra pessoa com qualquer parte do corpo ou com um objeto e, ainda, outros atos de carácter sexual não consentidos com uma pessoa, sendo seguidor assíduo do instrumento europeu no que diz respeito aos comportamentos que integram o ilícito em si. Contudo, não o criminaliza do mesmo modo, iniciando a previsão legal do crime com a

circunstância agravante da sua perpetuação, nomeadamente a violência física ou a ameaça grave que o agente exerceu sobre a vítima.

Para Maria da Conceição Ferreira da Cunha, o problema da proteção da liberdade sexual diz respeito ao facto de os tipos legais de crime exigirem determinados meios de constrangimento⁶⁸.

Resta saber o que é que a doutrina tem entendido por violência: se, para se ver preenchido o crime de violação, basta que o ato em si tenha sido praticado contra a vontade da vítima ou se um crime de violação tem necessariamente de ser sempre violento, exigindo “uma luta entre o agente e a vítima”.⁶⁹

Para a Autora, existem 3 (três) teses que se pronunciam sobre esta necessidade (ou não) de existir violência física no crime de violação.

Uma primeira concepção doutrinária pugna que o simples facto de o ato sexual ter sido praticado contra a vontade da vítima, sem o seu consentimento, é o suficiente para que se preencha o tipo legal de crime.⁷⁰ Aqueles que concordam com esta concepção creem, portanto, que o simples facto de ter sido praticado sem consentimento significa que um relacionamento sexual forçado é sempre, *per si*, suficientemente violento, não sendo necessário apurar da gravidade da força empregue no ato em si.⁷¹

Por seu turno e em sentido oposto, autores como Simas Santos e Leal Henriques pugnam que é necessário que exista sempre um qualquer tipo de reação por parte da vítima do crime, isto é, que só haverá violação nos casos em que se verifique uma luta entre o agente e a vítima.

⁶⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da; “*Do dissentimento à falta de capacidade para consentir*” (...) pp.136.

⁶⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da; “*Do dissentimento à falta de capacidade para consentir*” (...) pp.137.

⁷⁰ “Tem entendido a jurisprudência como suficiente, para a concretizar, a inexistência de vontade livre da vítima para a prática do acto”, LOPES, JOSÉ MOURAZ, “Os Crimes contra a Liberdade (...)”, 2002, pp.37.

⁷¹ «Da mesma opinião é Teresa Quintela de Brito, professora de Direito Penal nas Faculdades de Direito das universidades Nova e de Lisboa: “Não é verdade que seja necessário existir violência física para que haja crime de violação. O atual tipo criminal português de violação inclui as situações em que inexistente violência física, ameaça, ou colocação da vítima em estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir”.« disponível em <https://portal.oa.pt> e em Diário de Notícias, »“Não basta não haver consentimento para haver violação, diz representante sindical de Juízes», publicado por Fernanda Câncio, em 26 de setembro de 2018 – disponível em <https://www.dn.pt/pais/interior/nao-basta-nao-haver-consentimento-para-haver-violacao-diz-representante-sindical-de-juizes--9913682.html>

Maria Clara Sottomayor considera que se existir força física/violência sobre a vítima do crime consubstanciará isso uma agravante do comportamento ilícito praticado e não um pressuposto legal do crime.⁷²

Uma tese intermédia reforça que o constrangimento que a nossa lei penal exige, não obstante não ter de ser obrigatoriamente violento, tem de ocorrer através de algum meio típico de coação, o que certamente implicará o uso de força física, ainda que indiretamente. Neste sentido, o Professor Figueiredo Dias afirma que “não basta nunca à integração do tipo objectivo de ilícito (...) que o agente tenha constrangido a vítima a sofrer ou a praticar, acto de violação, – isto é, que este acto tenha tido lugar sem ou contra a vontade da vítima.”⁷³

Contudo, esta perspetiva distingue-se de uma outra mais radicalista e extremista, por não exigir, para o preenchimento do ilícito-criminal, que a vítima tenha demonstrado resistência ao ato sexual, da mesma forma que não exige que a força ou a coação empregue pelo agente na prática do ato tenha que ser forte, gravosa, mas “idónea a vencer a resistência efetiva ou esperada da vítima”. Diferente da primeira tese, esta concepção não se basta com a ausência de consentimento da vítima do crime.⁷⁴

Por último, algumas interpretações mais extremadas exigem, por sua vez, um ato de resistência (físico) por parte da vítima, ou seja, que esta tenha, de algum modo, reunido os seus esforços, resistido contra o ato sexual em si e tentado fugir, escapar, defender-se.

Sucedem que (e aqui em completa concordância com o que por Maria da Conceição Cunha foi escrito), a lei penal não exige diretamente que se verifique a resistência da

⁷² “A verificação de violência física adicional ao acto sexual imposto deve funcionar como uma circunstância agravante, na determinação da medida da pena, mas não como um elemento necessário para o preenchimento do tipo.” – SOTTOMAYOR, Maria Clara; “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista”, em Revista do Ministério Público, 128, outubro, dezembro 2011, pp. 284. No mesmo sentido Filipa Ribeiro Fonseca em “Atos Sexuais: Distinções Penalmente Relevantes”, em Dissertação de Mestrado na Universidade Católica Portuguesa do Porto, maio de 2018, pp. 30.

⁷³ AFONSO, Tiago; “Consentimento ou resistência da vítima no crime de violação”, 2 de dezembro de 2011.

⁷⁴ Neste circunspecto e enquanto defensores da posição mais radical, destacam-se Simas Santos e Leal Henriques – “(...) a violência constitui uma forma de actuação em que para a realização do acto pretendido se usa da força física sobre a vítima de modo a coagi-la à prática do mesmo. Pressupõe, assim, falta de consentimento do sujeito passivo.” (AFONSO, Tiago; “Consentimento ou resistência da vítima no crime de violação”, 2 de dezembro de 2011) e “(...) dizem que há grave ameaça “quando o agente procura incutir na vítima, por forma invencível, a consciência de que, se não anuir aos seus propósitos de relacionamento sexual, ele exercerá um mal maior sobre si ou sobre alguém da sua particular afeição. Assim sucede, por exemplo, quando o agente, surpreendendo uma mulher casada a manter relações sexuais com um homem que não é o seu marido, a ameaça de revelar a este o segredo se a mesma não consentir a manter consigo trato carnal ...” in Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25 de junho de 2014.

vítima para que o agente deva ser condenado pela prática de um crime de violação. Aliás, a lei prevê os casos em que o agente recorreu a meios de força, violência, coação, como meio de agravação da moldura penal, mas não estabelece nenhum ónus sobre a vítima. Logo, não existe nenhuma imposição normativa que sustente esta tese.

Com o melhor respeito e consideração pelos esgrimistas da concepção mais radical, a mesma não só pressupõe que um ato sexual forçado seja obrigatoriamente violento (em qualquer circunstância) como impõe que a vítima tenha sempre de se defender, de resistir fisicamente ao ato que contra ela se pretende consumir.

De acordo com aquela perspectiva extremista, são ignoradas as situações em que a vítima entra num estado de paralisia total, fica inabilitada e incapaz de qualquer tipo de reação, resultante do estado de choque em que se encontra,⁷⁵ bem como os casos em que a vítima é ameaçada pelo agente do crime e lhe é exigido que não se mova, não tenha qualquer tipo de comportamento. Esta concepção radicalista não considera sequer o papel da vítima, passando uma imagem clara de que as vítimas nem sempre o são e que, também elas, em parte, poderão ter contribuído para a prática do crime e que talvez o agente não seja tão culpado assim, como a sociedade, por vezes, o quer pintar.

Pois vejamos: atenuaria a pena do sujeito ou deixaria este de ser culpado, pelo simples facto de a vítima não ter resistido? O que importa saber se a vítima resistiu ou não, quando todos os restantes pressupostos do crime estão preenchidos?⁷⁶

Por muito difícil de provar que seja este tipo de crime, não se pode, em momento algum, conceber a ideia de colocar um ónus de resistência física sobre a própria vítima. Não basta já ter sido sujeita a atos sexuais praticados sem o seu consentimento, ofensivos da sua liberdade sexual, tem também, segundo a concepção mais radical, de lutar com o seu agressor sexual.

A legislação portuguesa difere, no modo como consagrou e tipificou o crime de violação, de outras ordens jurídicas. O legislador espanhol optou, por exemplo, por

⁷⁵ “Vítimas há em que o medo lhes impede a demonstração de qualquer reação, é a chamada imobilidade tónica, outras em que se opera uma dissociação da realidade, como se a agressão de que estão a ser vítimas não se passasse com elas e apenas estivessem a observá-la e outro grupo de vítimas decide não resistir para evitar ferimentos ou morte”, defende o mais recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12/06/2019 – disponível em <http://www.dgsi.pt>

⁷⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da; “*Do dissentimento à falta de capacidade para consentir*” (...) pp.138 – “(...) algumas interpretações mais extremadas, exigindo uma resistência efetiva da vítima, contrariam a própria letra da lei, que não exige, de modo algum, qualquer ónus de resistência”.

tipificar crimes de abuso sexual como aquele em que “sem violência ou intimidação” se atente contra a liberdade sexual de uma pessoa. Em Itália, no ano de 1996, “induzir alguém a cometer ou suportar acto sexual” também seria o suficiente para ser qualificado como um complemento ao crime de violência ou ameaça.⁷⁷

De facto, o conceito de violência prescrito na lei não é claro e dá aso a várias e diferentes interpretações. Fernanda Palma vê o conceito de violência como sendo polissémico, admitindo vários significados. Na concepção da autora, a violência não só restringe apenas a atos físicos, mas também emocionais, psíquicos, verbais. Para aquela, “(...) é violência aquilo que verga a vontade do outro.”⁷⁸

José Mouraz Lopes pugna por um conceito amplo de violência, quando seja necessário analisar se estamos perante um caso de violação ou não. Isto para que seja possível subsumir no núcleo deste ilícito casos em que a vítima tenha de algum modo dado o seu consentimento, a fim de evitar ser alvo de agressões físicas que a lesassem e prejudicassem ainda mais. De acordo com a posição do Juiz Mouraz Lopes, mesmo os casos em que a vítima se tenha abstraído de qualquer reação ou resistência seriam abrangidos e considerados crimes de violação. Se tivéssemos que incluir a posição do Autor em alguma das teses supra identificadas, enquadrar-se-ia a mesma na tese intermédia – isto é, de facto, é necessário, na maioria, que seja exercido algum tipo de violência sobre a vítima (em estrito cumprimento com o disposto na lei) mas não se exige porventura nenhuma reação física ou luta por parte da vítima do crime.⁷⁹

Ora bem, a violação, desde há muito, que se revela como o crime sexual mais comum e frequente, de entre a panóplia de crimes sexuais existentes – é o típico crime

⁷⁷ LOPES, JOSÉ MOURAZ, “Os Crimes contra a Liberdade (...)”, 2002, pp.38.

⁷⁸ «Fernanda Palma concorda: "O conceito de violência é polissémico. Aquilo a que se chama hoje violência integra a violência psíquica, outras formas de violência para além da agressão física.» in ““Não basta não haver consentimento para haver violação”, diz representante sindical de juizes”, 26 de setembro de 2018, disponível em <https://www.dn.pt/pais/interior/nao-basta-nao-haver-consentimento-para-haver-violacao-diz-representant-e-sindical-de-juizes--9913682.html>

⁷⁹ «Já o Desembargador Sénio Alves, defende «na falta de referência expressa do artigo 164.º, n.º 1, à violência física, parece ser de concluir que tanto a violência física como a moral, se determinaram a cópula, são elementos constitutivos do tipo de violação. É que a violência moral (consistente, v.g., no perigo de um mal maior para a vítima ou sua família) pode determinar a cópula e, a não ser que se reconduzissem factos deste tipo à noção de “ameaça grave” (com as dificuldades inerentes à determinação do que é “grave” e à respetiva prova), ela ficaria impune. (...) A “grave ameaça” é algo diferente, de um ponto de vista qualitativo. Consiste, penso, no colocar a vítima perante a iminência da verificação da violência (física ou moral) provocando-lhe um tal temor que a determine à cópula» – em Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25 de junho de 2014.

sexual e aquele que, ainda nos dias de hoje, consegue chocar e deixar sem palavras as mentes sãs que estão longe de compreender a razão de ser da prática deste tipo.

Não podemos deixar de destacar uma frase do Juiz José Mouraz Lopes, do qual, pela sua audácia e astúcia, nos temos socorrido várias vezes. Foi dito por aquele que “Materialmente, a violação é um caso especial de coacção sexual, em que o acto sexual de relevo podem ser a cópula (...), o coito anal e o coito oral”. Pois bem: ao atentarmos, ainda que levemente, para o número um do artigo 164.º, na sua redação atual, constatamos prontamente que a violência, a força ou a ameaça são inerentes ao tipo legal de crime em apreciação. No fundo, é necessário que o agente faça uso de algum meio de constrangimento típico, pelo menos.

Apenas secundariamente, no número dois daquele preceito legal, é que é igualmente punido pela ordem jurídica portuguesa aquele que violar outrem, ainda que não o faça por meio de violência ou ameaça grave. Porém, é punido de uma forma mais leve.

Parece-nos, portanto, que se está, de algum modo, a desvirtuar a essência desta incriminação, pois aquilo que se pretende é proteger a liberdade sexual do ofendido, que foi violada com a prática de atos sexuais de relevo, como a cópula, o coito anal, oral, introdução de objetos, penetração sexual, tudo feito sem o seu consentimento e sem a sua concordância, no entanto, parece exigir-se, na prática, que para que se seja uma verdadeira vítima, tem esta de ser violentada fisicamente ou verbalmente, ou em simultâneo.

De facto, à primeira vista, poder-nos-ia parecer que, ainda que não se verifiquem situações de violência sobre a vítima, não deixaríamos de punir o agente pela prática de um crime de violação.⁸⁰

Basicamente, a comunidade portuguesa associa sempre o crime de violação à prática do ato sexual em si, seja a cópula, seja o coito oral ou anal, sem consentimento de um dos intervenientes. Se tais atos tiveram lugar, a população não duvida que está perante um crime de violação. Daí que fique esta população tão surpreendida quando toma conhecimento de situações em que, não havendo uso de qualquer meio de constrangimento típico como a violência ou a ameaça, não se possa afirmar que existiu a consumação deste tipo de crime.

⁸⁰ Isto porque, certamente que se ouvirmos um vizinho nosso na rua a comentar que o padrasto da menina a violou vezes sem conta, não nos iremos questionar se a prendeu, se lhe tapou a boca para não gritar, se a acorrentou. A única questão que se coloca é saber se efetivamente a violou ou não.

Assim, a realidade pura e fáctica tem demonstrado algo diferente: que, caso não se verifique a tal força, violência ou ameaça que a lei penal tanto refere, não existiu verdadeiramente uma violação sexual.⁸¹

Quanto a isto, a doutrina separa-se, na medida em que uns consideram não ser necessário haver qualquer tipo de constrangimento ou violência e outros que pugnam pela necessidade imperiosa de haver comportamentos violentos na prática de um qualquer ato sexual praticado contra a vontade de outrem.

Já noutra circunspecto e superadas as várias concepções doutrinárias, a dúvida surge no que concerne ao próprio conceito de violência, uma vez que muitos são os que entendem que esse constrangimento deverá ser físico, forçado, violento, não se bastando com agressões verbais ou ameaças. E é aqui que entram em cena aqueles que logram demonstrar que, para que o agente deste tipo de crime seja punido e condenado, é necessário que, por outro lado, a vítima tenha tentado, pelo menos, resistir fisicamente ao ato em si – indo tais entendimentos contra o teor e texto da própria lei penal.

É por estes motivos (e bem) que Fernanda Palma considera que a redação atual do artigo 164.º do Código Penal não é, de todo, feliz. Para a Autora, "O Código Penal quis resolver um problema, tornando claro que não era preciso existir violência física para haver violação - ou seja, mesmo que alguém queira fazer uma interpretação restritivíssima de violência no crime de violação há o número 2 do artigo 164º -, mas criou outro."⁸² **ao criar um crime de violação em que não existe violência, levando a crer que esse crime, em si mesmo, é menos grave que o anterior, no qual se exige determinados meios de constrangimento para com a vítima.**

Se se considerar que há lugar a algumas mudanças, cremos que terá de ser neste campo. Naturalmente que existirão sempre dúvidas quanto à interpretação do verdadeiro significado de um preceito legal, porquanto mesmo que o legislador se revele o mais apto e idóneo, nunca será capaz de suprir todas as lacunas legais ou de responder a todas as perguntas do homem. Contudo, não pode uma lei deixar tanta margem de abertura para

⁸¹ "Por outro lado, somos da opinião que o constrangimento exigido aqui poderá acontecer por qualquer meio, como por qualquer forma de pressão física ou psicológica." - FONSECA, Filipa Ribeiro; "Atos Sexuais: Distinções Penalmente Relevantes", em Dissertação de Mestrado na Universidade Católica Portuguesa do Porto, maio de 2018, pp. 20.

⁸² "Não basta não haver consentimento para haver violação", diz representante sindical de juizes", 26 de setembro de 2018, disponível em [https://www.dn.pt/pais/interior/nao-basta-nao-haver-consentimento-para-haver-violacao-diz-representant e-sindical-de-juizes--9913682.html](https://www.dn.pt/pais/interior/nao-basta-nao-haver-consentimento-para-haver-violacao-diz-representant-e-sindical-de-juizes--9913682.html)

este tipo de considerações – existem diferentes tipos de violação? Ou melhor concretizando, é uma vítima menos violada porque não houve violência física durante o ato?

As consequências que resultam de uma violação calcula-se que sejam as mesmas para a vítima do crime⁸³, não importando se a mesma estava inconsciente ou se foi acorrentada a uma cama. O que importa – e importará sempre – à parte de todos conceitos de violência que possam existir e que estejam preceituados é o simples facto de aquela pessoa, naquele determinado momento, ter sido alvo de uma violação, um ato sexual praticado contra a sua vontade, o que configura (ou pelo menos deveria ser mais que suficiente para configurar) um atentado à liberdade sexual da vítima.

Não pretendemos com isto dizer que a expressão sem consentimento será o melhor modo para se descrever o crime em análise (porque não o será, como tentaremos concretizar adiante), mas cremos de forma veemente que a mudança, a existir, deverá passar, por encarar a violência e a ameaça como meras circunstâncias agravantes deste crime e não como o seu pressuposto base, previsto logo no primeiro número do artigo 164.º, o qual, desde logo, passa uma imagem de que é aquele primeiro número do artigo que corresponde ao típico e comum crime de violação.

4. Análise Jurisprudencial

De forma proficiente, começa agora a nossa análise crítica de vários Acórdãos nacionais, em que a jurisprudência fez questão de cumprir estritamente com o disposto na lei (ou então não), algumas vezes, levando ao extremo o conceito de violência ou de constrangimento, outras vezes, esquecendo-se da dor e sofrimento de uma vítima mais do que constrangida.

O crime de violação, enquanto o mais típico e comum de todos os crimes sexuais, é dos mais discutidos e dos que maior controvérsia levanta, principalmente quando a questão que urge decifrar é a ponderação sobre a existência ou não de consentimento por parte da vítima do crime.

⁸³ “As well as the degradation, pain and terror caused at the time, the fear engendered remains long after.” - CHINKIN, Christine; “Symposium The Yugoslav Crisis: New International Law Issues Rape and Sexual Abuse of Women in International Law”, EJIL, 1994, pp. 329.

4.1. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 476/09.0PBBGC.P1, de 13 de abril de 2011

Talvez o mais polémico de todos, ou, pelo menos, aquele que maior número de vezes foi confrontado e discutido pelos grandes penalistas e entendidos do Direito, que o criticam de ponta a pavo, não conseguindo conceber o modo anárquico e arbitrário da decisão proferida em sede de segunda instância.

Nem nós, que à primeira vista, ainda somos meros leigos do direito penal e que aos poucos nos queremos ir integrando e entregando a esta área, por muita confusão que o Acórdão nos tenha deixado (que deixou) devido à falta de coesão e, digamos, incoerente aplicação do direito, não conseguimos conceber a decisão propugnada pelo Tribunal da Relação do Porto, no âmbito daquele processo judicial.

Cumpr, no entanto, saber efetivamente do que vamos aqui tratar. Tudo se passou no consultório médico do arguido, “B”, médico-psiquiatra, ao qual a assistente, “A” recorreu, por padecer, àquela data, de uma depressão agressiva, não obstante encontrar-se grávida (o que naturalmente veio, mais tarde, a acentuar o grau de gravidade deste Acórdão).

Ora, sucede que o arguido “B” foi submetido a julgamento e concomitantemente condenado pela prática de um crime de violação, no ano de 2010, que ocorreu durante uma daquelas consultas psiquiátricas e bem assim durante o período gestacional da assistente, tendo-lhe sido aplicada, pelo tribunal de primeira instância, uma pena de prisão de cinco anos, “suspensa na sua execução por igual período e sujeita a regime de prova”⁸⁴. Acresceu ainda à pena materialmente aplicada, a obrigação do Arguido indemnizar a assistente “A”, no montante global de € 30.000,00 (trinta mil euros), a título de danos não patrimoniais sofridos com a prática criminosa.

Sucede que, todas as partes do processo ficaram manifestamente descontentes com a decisão de primeira instância, cada uma por motivos distintos. Destarte, tanto a assistente, como o Ministério Público e bem ainda o próprio Arguido interpuseram recurso.

⁸⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011 – consulta disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>

A assistente recorreu, por ter sido dado como provado, no Tribunal *Ad Quo*, que a credibilidade das suas declarações havia ficado concretamente “abalada”, uma vez que a sua atuação e aquilo que, por si, foi invocado assumia uma composição descritiva diversa, consoante a fase processual. Isto porque, aquando da denúncia, a queixosa terá referido que o denunciado lhe exigiu que se deitasse na maca do seu consultório, tendo, de seguida, começado por lhe fazer “pequenas massagens na zona do tórax, alongando estas massagens aos seios (...)”.⁸⁵ De seguida, o arguido levantou-se e disse à “denunciante para lhe acariciar o pénis”. Só aí, segundo a assistente, é que ela se levantou da dita maca. Contudo, já em sede de audiência de discussão e julgamento, a assistente referiu que se levantou da maca, logo após o arguido ter iniciado as ditas massagens nas pernas da vítima.

Para além desta mudança de testemunho, diríamos pouco ou nada substancial, foram outros os factos que fizeram com que o tribunal de primeira instância descredibilizasse, em parte, as declarações da assistente, daí que tenha esta sentido a necessidade de interpor recurso e demonstrar aos autos que tudo não terá passado de um estado de nervosismo, que não a permitiu, logo no momento da queixa, contar a versão mais apurada dos factos, tal era o seu estado de choque e ansiedade. Por muito pragmático e proactivo que um indivíduo se revele, não deixa, em momento algum, de ser, ante tudo, um ser humano, com as suas cargas emocionais. Acreditamos que não será o simples facto de a Assistente não se conseguir recordar em que momento preciso se levantou da maca que atenuará o comportamento do seu médico, alegadamente uma pessoa da sua confiança.

Uma vez descredibilizadas, ainda que parcialmente, as declarações da Assistente, o Tribunal recorrido não conseguiu concluir que o Arguido tivesse verdadeiramente roçado partes do seu corpo na Assistente.

Outra mudança que o Tribunal recorrido levou em linha de conta na apreciação da causa e para a descoberta da verdade material, respeita a uma outra afirmação da Assistente, que, a certa altura, alegou que o arguido a agarrou pelos cabelos, a fim de lhe introduzir o seu órgão sexual, forçosamente, na sua boca e, *a posteriori*, mencionou que a agarrou pela cabeça. Também neste circunspecto, o testemunho da Assistente não serviu como meio de prova.

⁸⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011 – consulta disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>

Por seu turno, o Arguido recorreu no sentido da sua absolvição, elencando como fundamentos todos os circunstancialismos supra expostos, melhor explanados no Acórdão, em que as declarações da Assistente não deveriam ter servido como meio de prova plena. Acresceu ainda ao seu recurso que concordava com o que havia sido alegado em instâncias do Procurador da República, isto é: “que o recorrente faz confusão entre lubrificação vaginal decorrente de um estado de excitação com a lubrificação vaginal que pode ocorrer em determinadas alturas do ciclo hormonal da mulher e durante a gravidez”.⁸⁶

Abre-se agora a análise paradigmática da decisão proferida pelo Tribunal *Ad Quem* e emergem, portanto, as problemáticas: até agora, o Tribunal de segunda instância apenas havia formulado uma conclusão já conhecedora de todos nós – que o crime de violação sexual existe para tutelar a liberdade sexual de outrem e não quaisquer outros valores morais ou éticos.

A grande dissemelhança entre a decisão recorrida e aquela que foi proferida em 13 de abril de 2011 é que, para a segunda, o legislador “sempre integrou o uso de violência como uma das formas de execução da acção.”. De facto, aquilo que o Tribunal *Ad Quem* nos veio transmitir foi o mau andamento do Tribunal recorrido ao condenar o Arguido pelo crime de violação, previsto e punível no artigo 164.º do Código Penal, quando, afinal, deveria antes ter pugnado pela absolvição do mesmo.

Ao longo de todo o Acórdão, vemos afirmações e expressões de vários professores catedráticos, retiradas de muitos outros Acórdãos que vão no mesmo sentido que o T.R. do Porto - é necessária a violência como pressuposto basilar para a consumação de uma violação.

Assim, para os Juízes do T.R. do Porto era necessário, para a verificação deste tipo de crime, que o agente tivesse, de alguma maneira, exercido algum tipo de violência física, verbal, forçosamente, sobre a ofendida, acrescentando isso à expressa falta de consentimento desta.

No entanto, vem expresso no Douto (ainda que tenhamos grandes dúvidas sobre o uso desta expressão, neste caso *sub judice*) Acórdão que: “ (...) não se vislumbra como é

⁸⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011 – consulta disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>

possível considerar o acto de agarrar a cabeça como traduzindo o uso de violência de modo a constranger alguém à prática de um acto contra a sua vontade.”⁸⁷

É igualmente invocado no mesmo Acórdão que a violência do Arguido “reconduz-se ao facto de ter agarrado a ofendida, empurrando-a contra um sofá, referindo ainda que o arguido apenas usou da força necessária para quebrar qualquer possibilidade de resistência por parte da ofendida”.⁸⁸

De facto, o T.R. é pragmático e conciso na formulação da sua convicção: não se tendo como provado e assente que o arguido usou de violência para constranger a vítima, é “inútil” averiguar se existiu ou não consentimento por parte daquela, uma vez que, no entendimento da segunda instância, não estão verificados os requisitos-base do crime previsto no artigo 164.º do C.P.

Só com muito afincio é que se consegue, por momentos, alcançar a conceção deste Tribunal – se, para os Desembargadores que o constituem, a violência é o pressuposto elementar para que tenha havido crime de violação e se, no caso concreto, entendem não ter havido qualquer tipo de violência, então significa isso que não há nenhuma necessidade de proceder para o patamar seguinte e apurar se se verificaram os restantes elementos que compõem este tipo de crime. Para eles, “O que, sem dúvida, faz parte do tipo é a necessidade de o agente ter de se debater contra a resistência da vítima.”⁸⁹

Todavia, se o tribunal recorrido mal andou ao descredibilizar, em parte, declarações da assistente como meio de prova, pior andou o T.R., que partiu de uma ideia base da inexistência de violência, trocando-se diversas vezes e contradizendo-se simultaneamente, ao invocar, no seu conteúdo, os atos que foram postos em prática pelo Arguido e que, *per si*, consubstanciam um comportamento de nítida violência.

Não só foram manifestamente ignorados todos os atos de cariz ilícito e violador de direitos, colocados em prática pelo Arguido, como foram os mesmos desvirtuados do contexto real em que ocorreram: reportamo-nos a um caso em que uma mulher, paciente do Arguido, estava grávida de 34 semanas, foi constrangida pelo agente do crime a praticar atos de natureza sexual, contra a sua vontade, sem o seu consentimento, tendo o arguido se

⁸⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011 – consulta disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>

⁸⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011;

⁸⁹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011;

servido da força e de atos que, ainda que não sejam considerados de violência extrema, estão revestidos de uma agressividade que chocam qualquer um.

O T.R. esqueceu-se por completo de dar cumprimento a um dos princípios de direito penal, que passa por atender sempre às circunstâncias concretas de cada caso, não só no que concerne à escolha e medida da pena, como igualmente na aplicação de medidas de coação. O Mestre Figueiredo Dias é o primeiro a afirmar que não será necessário apurar se a força empregue no ato foi grave ou pesada, sendo ante imperioso atentar às circunstâncias concretas de cada caso.⁹⁰

O facto de o Arguido ter puxado os cabelos à Assistente ou de lhe ter “somente” agarrado a cabeça, consubstancia um ato de violência. Está a agarrar um membro do corpo de outra pessoa, obviamente que o terá feito com alguma força, ao ponto da vítima não conseguir fugir daquele episódio e levou a cabeça da vítima até à zona do corpo que pretendia – tudo sem o consentimento daquela.

Ainda assim, veio o Arguido alegar que terá confundido a lubrificação vaginal da vítima, não obstante a Assistente ter chorado (facto dado como assente no Acórdão do T.R. do Porto) e ter-se o próprio arguido apercebido desse facto.⁹¹

Não pretendemos com isto colocar em causa o parecer jurisprudencial dos Juízes do T.R. do Porto nem afirmar que existiu verdadeiramente uma violação e que a vítima foi totalmente inocente. Quer-se, com isto, apenas dizer que há de se atender à prova produzida e com ela formar uma convicção e o certo é que ficaram provados demasiados factos que demonstravam a atitude violenta daquele arguido, ainda que não creiamos que seja isso pressuposto para a verificação deste crime.

Deveria isso ser o suficiente para fazer crer o Tribunal que existiu violência e que foi a assistente forçada à prática de um ato sexual, contra a sua vontade.⁹² Mas pelos vistos, não o foi.⁹³

⁹⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; “Nótula antes do art. 163.º”, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 454.

⁹¹ Foi dado como provado (tanto em sede de primeira instância como em segunda) que a vítima começou a chorar; que depois de perceber que o arguido lhe tinha começado a massajar o tórax e os seios, se levantou da maca, sentou-se no sofá; que, já no sofá, à espera que o arguido lhe prescrevesse a receita, a assistente foi impelida pelo arguido, que lhe agarrou na cabeça, exibindo-lhe o seu “pénis erecto”, enquanto lhe dizia “vamos querida, vamos”; que a ofendida se levantou e tentou dirigir-se para a porta de saída do consultório, mas o arguido se aproveitou do estado de gravidez avançado, que lhe dificultava os movimentos, agarrou-a, virou-a de costas e empurrou-a na direção do sofá; que, mais uma vez, o arguido a “agarrou”.

A *final*, o T.R. concluiu que o comportamento do Arguido não estava afastado de um juízo de censura, por se revelar, deontológica, ética e socialmente incorreto, não obstante ter decidido no sentido da absolvição do Arguido e da revogação da sentença recorrida.⁹⁴

Apenas uma Declaração de Voto em sentido contrário à decisão maioritária deste Tribunal, pelo Juiz José Manuel Baião Papão, que entendeu não subsistirem dúvidas de que o Arguido estava ciente (e bem) de que a vítima havia reagido e que tais atos sexuais tinham sido praticados contra a sua vontade – o que deduziu facilmente pelo facto da ofendida se ter levantado e dirigido à porta do consultório. Considerou ainda que sobressaiu, de forma evidente, o empregar de força física por parte do Arguido (“Acresce que a força física necessária e suficiente para lograr constrangê-la actuou não apenas por via de um empurrão, já que foi ele que a agarrou, a virou, a empurrou e fez debruçar-se.”).⁹⁵

De facto, apenas um dos Desembargadores do T.R. do Porto, verdadeiros e verosímeis aplicadores do direito, pugnou em sentido inverso ao da maioria (apenas um pugnou pela que cremos ser a decisão mais ponderada, face àquele caso em concreto).

Assim sendo, censuramos este Acórdão em dois sentidos: não só por restringir o conceito de violência no crime de violação a uma única forma – violência física⁹⁶ - como

⁹² “De qualquer forma, como se verá, no caso *sub iudice*, a matéria de facto indica que, ao contrário do entendimento do Tribunal da Relação do Porto, houve violência física adicional ao acto sexual não consentido” - SOTTOMAYOR, Maria Clara; “O conceito (...)”, Revista do Ministério Público, 128, Outubro, Dezembro 2011, pp. 284. O acórdão citado ao concebe o crime de violação como um crime contra a autodeterminação sexual da vítima ou contra a sua liberdade de consentir ou não consentir, mas como um crime que, exigindo requisitos adicionais à oposição verbal ou à recusa de consentimento, no fundo, dirige apenas uma censura jurídico-penal ao violador estranho à vítima, que para além de lhe impor actos sexuais contra a sua vontade, a agride fisicamente. Julgo que esta interpretação da lei penal é demasiado restritiva e viola as normas constitucionais que prevêm os direitos a integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade (...)” - SOTTOMAYOR, Maria Clara; “O conceito legal (...)”, Revista do Ministério Público, 128, outubro, dezembro 2011, pp. 280.

⁹⁴ “Tudo o que foi dito não exclui, naturalmente, a censurabilidade da conduta do arguido em termos deontológicos, éticos e até sociais.”. – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/04/2011.

⁹⁵ Declaração de voto, por José Manuel Baião Papão in Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/04/2011.

⁹⁶ Mais atual e em sentido completamente diverso, destaca-se o Acórdão mais recente do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12/06/2019, que veio afirmar que “ A inexistência de qualquer reação ou resistência de uma vítima de violência sexual radica no facto de esta a sentir a agressão como uma ofensa à sua integridade física, ou mesmo à sua vida, pelo que adota um comportamento orientado para a sua preservação, podendo optar por diferentes estratégias de sobrevivência.”. Isto porque existem vítimas impedidas, pelo medo, de manifestar qualquer tipo de reação, logo, “A ausência de resistência física por parte de uma vítima de um crime de violação não pode ser considerada como uma forma de aceitação ou consentimento da agressão, mas pelo contrário expressa apenas o desejo de sobreviver a uma situação cujo controle não detém e

também (e principalmente) por se desvirtuar do seu próprio entendimento, ao concluir pela não verificação do requisito violência, no caso *sub judice*⁹⁷, quando os factos que deu como provados levariam necessariamente a uma conclusão diversa.

Ao invés de se tratar de um exemplo jurisprudencial de punição dos violadores implacáveis, que não se abstém de mentir e de descaracterizar o papel da vítima, cremos que este Acórdão foi o resultado de uma evidente e sobressalente contradição entre os pressupostos legais de um tipo de crime e os circunstancialismos concretos de um caso real.

Infelizmente, não foi o primeiro e o último a decidir “pela completa falta de empatia com o sofrimento da vítima e pela incapacidade de compreender os sentimentos de (...) uma mulher, colocada perante um ataque tão brutal e aterrorizador como a violação”.⁹⁸

Para Maria Clara Sottomayor, este acórdão apenas permitiu concluir que a recusa verbal ou a simples ausência de concordância/consentimento não é o suficiente para se julgar verificado o crime de violação.⁹⁹

4.2. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 389/16.9JAPRT.P1, de 27 de junho de 2018 – o “Acórdão da sedução mútua”.

Um dos mais recentes Acórdãos remonta ao ano passado. O Tribunal da Relação decidiu no mesmo sentido que o Tribunal *Ad Quo*, condenando os dois Arguidos a uma pena de prisão, suspensa na sua execução, acompanhada de uma solene advertência, considerando mais do que o suficiente para prevenir um eventual comportamento reincidente por parte dos arguidos.

relativamente à qual experimenta um sentimento de completa impotência.”. É este o Acórdão que tem acompanhado as ideologias de esquerda e da Convenção de Istambul e que veio encher, de forma solene, os ouvidos de muitas vítimas. – in <http://www.dgsi.pt>

⁹⁷ “Ou seja, mesmo restringindo o conceito de violência à violência física (...) não podemos negar que, no caso, houve emprego “abusivo” de força física – será que agarrar uma pessoa, virá-la, empurrá-la, fazê-la debruçar-se... não consubstancia o emprego de força física de modo abusivo? Não integra o conceito de violência física?” – CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da; “Conceito de violência no crime de violação; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/4/2011”, in Revista Portuguesa de Ciências Criminais, n.º 21, 2011, Coimbra Editora, pp. 471.

⁹⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara; “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista”, Revista do Ministério Público, 128, outubro, dezembro 2011, pp. 276.

⁹⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara; “O conceito (...)”, Revista do Ministério Público, 128, outubro, dezembro 2011, pp. 278.

Ainda que concisamente, detalharemos agora o circunstancialismo fáctico que subjaz este Acórdão. Tudo remonta a factos que tiveram lugar em 27 de novembro de 2016, numa discoteca sita em Vila Nova de Gaia.

Deu-se como provado o seguinte facto: “Continuando a ofendida E...na mesma casa-de-banho, perdeu a consciência, altura em que o arguido B..., verificando a incapacidade da ofendida de reger a sua vontade e de ter consciência dos seus actos, resolveu e com ela manteve relações sexuais de cópula vaginal completa, depois de a ter despidido da cintura para baixo, mantendo-lhe a roupa a meio das pernas, só recuperando a consciência, a ofendida, e, voltando a si, ainda no mesmo local, quando deitada no chão, com a cabeça encostada à porta da entrada, sentiu um empurrão na porta, ouvindo nesse momento as vozes dos arguidos B... e C (...)” e, ainda: “Durante o período em que a ofendida E...permaneceu na casa-de-banho sem consciência de si própria e incapaz de dispor da sua vontade-circunstâncias do pleno conhecimento dos arguidos C... e B... que assim o observaram-, o arguido B... em primeiro lugar, e o arguido C..., em segundo, mantiveram com a mesma relações sexuais de cópula vaginal completa, chegando o arguido C...a ejacular.”. Como estes, foram igualmente considerados provados outros factos que descrevem em concreto aquilo que foi feito pelos dois arguidos em causa, sempre com a ressalva de que a ofendida estava inconsciente e não tinha noção do que lhe estavam a fazer.

Os Arguidos, nenhum deles, tinha antecedentes criminais, o que, em cumprimento com a lei penal, foi levado em consideração pelo T.R. do Porto na determinação da medida da pena.

Quanto ao M.P., recorrente naquele processo, pugnou sempre que não se elevava como pressuposto do crime de violação a “perda completa do uso da razão ou dos sentidos, bastando que a vítima esteja na impossibilidade de avaliar o significado do ato sexual em que se deixa envolver”.¹⁰⁰ Atentos os factos considerados como provados, em primeira instância, terá ficado bem claro aos olhos dos Julgadores de Direito, ou, pelo menos, assim seria de pensar, que a ofendida não reunia as condições humanas normais e suficientes, à data e hora da prática dos factos, para compreender o ato ou atos que contra ela estavam a

¹⁰⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 389/16.9JAPRT.P1, de 27 de junho de 2018, consulta disponível em <http://www.dgsi.pt>

ser praticados, não detendo autonomia suficiente para se deixar envolver ou sequer conseguir fugir dos seus agressores sexuais.

Uma vez finalizada a leitura deste Acórdão, o que se retira como mais chocante é a nítida contradição em que os dois Tribunais incorreram, ao dar como provado que a vítima estava inconsciente e que os dois arguidos tinham tomado conhecimento desse facto e, ainda assim, ter propugnado, *a final*, pela suspensão na execução da pena a aplicar aos arguidos: foram condenados a quatro anos e meio de prisão com pena suspensa pelo crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, ficando claramente por satisfazer as exigências de prevenção gerais e especiais.¹⁰¹

A realidade é que a polémica surgiu e impregnou-se na mentalidade da comunidade portuguesa, quando o teor do Acórdão se tornou público, tudo porque terá aquele Tribunal alegadamente considerado que o crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistir aconteceu num “ambiente de sedução mútua”.¹⁰²

O público em geral¹⁰³, que tomou conhecimento mínimo dos factos, através do bate-boca que se fez sentir, ficou chocado e indignado por aqueles indivíduos não terem sido condenados pela prática do crime de violação.¹⁰⁴ Isto porque, ao que tudo indica, a ofendida foi violada pelos dois arguidos, ficou provado que a ofendida estava inconsciente e sem noção dos atos sexuais que foram praticados com a sua pessoa e corpo e provado

¹⁰¹ “A suspensão da execução da pena de prisão é não apenas um desfecho surpreendente, mas sobretudo um sinal perigoso” - “Posição da APAV sobre o recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto relativo à prática do crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência”, setembro 2018, disponível em www.apav.pt, pp. 2.

¹⁰² Artigo publicado em Diário de Notícias, «Associação de Juízes sai em defesa de acórdão da Relação. “Não houve violação”» por David Mandim em 22 de setembro de 2018 – disponível em <https://www.dn.pt/pais/interior/associacao-de-juizes-sai-em-defesa-de-acordao-da-relacao-nao-houve-violacao-9891112.html>

¹⁰³ Neste circunspecto, destacaram-se grupos como a UMAR (União de Mulheres Alternativa e Resposta), o movimento feminista interseccional internacional “Slut Walk Porto”, o grupo “Por Todas Nós”, entre outros que se reuniram e realizaram uma manifestação na cidade do Porto, talvez das que mais pessoas reuniu até à data, esgrimindo que uma “Justiça Machista não é Justiça!” – Artigo publicado em ELLE, por Cátia Pereira Matos, “Violação e Abuso Sexual: Um Acórdão polémico e as nuances do Código Penal”, de 04 de outubro de 2018, disponível em <https://www.elle.pt/lifestyle/violacao-abuso-sexual-codigo-penal/>

¹⁰⁴ As ruas da cidade de Porto encheram-se de manifestações. Cerca de 400 pessoas reuniram-se, em frente ao Tribunal da Relação do Porto, convocadas pelo movimento “A Coletiva”. Ao Acórdão foi dado o nome de “acórdão da sedução mútua” e aos Juízes Desembargadores a alcunha de “machistas”. – Artigo publicado em Público, «É violação, não é sedução». Porto protesta contra sentença de Tribunal.», por Aline Flor, em 26 de setembro de 2018 – disponível em <https://www.publico.pt/2018/09/26/sociedade/noticia/e-violacao-nao-e-seducacao-porto-protesta-contr-a-sentenca-do-tribunal-da-relacao-1845391>.

também que ambos os arguidos eram portadores dessa informação. Ainda assim, nem sequer foram condenados pela prática de um crime de violação.¹⁰⁵

A Associação Sindical de Juizes Portugueses (A.S.J.P.) sentiu a necessidade de vir a público e defender os Juizes Desembargadores que formaram a sua convicção naquele sentido, contra todos os fundamentos que vinham sendo invocados por vários penalistas e juristas, que afirmaram estar perante uma evidente discriminação de género.¹⁰⁶

Inês Ferreira Leite ficou perplexa pela maneira como foram minorizados (ou digamos nós, ignorados) os efeitos que o crime teve sob a pessoa da vítima.¹⁰⁷

Para Teresa Pizarro Beleza, a discriminação era, também, evidente¹⁰⁸, contudo, não passam de paradigmas e conceções sociais que, infelizmente, a nossa sociedade ainda não conseguiu ultrapassar de forma definitiva.¹⁰⁹ Bastará atender a uma passagem do tribunal de primeira instância, que afirmou que a vítima nem sequer deduziu qualquer

¹⁰⁵ O TR e a ASJP quiseram deixar claro que o crime violação e o de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência são muito diferentes. Contudo, se atendermos aos limites mínimos e máximos de ambos vemos que coincidem e que aquilo que está na base de cada um também, concretamente a falta de consentimento da vítima - “Posição da APAV sobre o recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto relativo à prática do crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência”, setembro 2018, pp. 1.

¹⁰⁶ Para o efeito, a A.S.J.P. lançou uma nota informativa sobre o Acórdão que tanta polémica levantou em seu torno, na qual, de entre vários fundamentos, afirmou não estar em causa o crime de violação e que “Não é verdade que o tribunal tivesse considerado que o crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência ocorreu num ambiente de sedução mútua; essa qualificação refere-se ao contexto que antecedeu a prática dos crimes e que foi tida como relevante para a determinação da pena;” – disponível em <http://www.asjp.pt/2018/09/24/nota-informativa-sobre-o-acordao-do-tribunal-da-relacao-do-porto/>

¹⁰⁷ No mesmo sentido, a APAV considera que o TR do Porto desconsiderou os danos físicos que foram sofridos pela vítima e que não foi dada oportunidade a esta de se pronunciar sobre todos os danos emocionais que aquela atitude dos arguidos lhe causou, sabendo-se bem que são estes que produzem os efeitos mais lesivos na vida de uma vítima. – “Posição da APAV sobre o recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto relativo à prática do crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência”, setembro 2018, pp. 1.

¹⁰⁸ Para a professora catedrática da Universidade Nova de Lisboa, «os magistrados que analisaram o caso parecem ter tido “uma **estranha insensibilidade** em matéria de graves atentados contra a liberdade pessoal, em especial na esfera sexual”», publicado em ZAP, AEIOU, por Manuel de Sousa, em 22 de setembro de 2018 – disponível em <https://zap.aeiou.pt/acordao-violacao-mulher-inconsciente-219421>

¹⁰⁹ Artigo publicado em Diário de Notícias, «Associação de Juizes sai em defesa de acórdão da Relação. “Não houve violação”» por David Mandim em 22 de setembro de 2018 – disponível em <https://www.dn.pt/pais/interior/associacao-de-juizes-sai-em-defesa-de-acordao-da-relacao-nao-houve-violacao-9891112.html> e, ainda, um excerto retirado do mesmo artigo publicado no D.N.: “Deputados à Assembleia da República, como Isabel Moreira (PS) e Moisés Ferreira (BE) também fizeram críticas, com este último a resumir assim o caso: “Dois homens, funcionários de uma discoteca, violam uma mulher na casa de banho dessa mesma discoteca. A mulher está inconsciente. Não pode resistir. O tribunal diz que houve um ambiente de sedução mútua, que os danos físicos na vítima são diminutos e que não houve violência” - para perguntar: “Como é possível? Uma sentença que reproduz a ladainha do “se foi violada é porque estava a pedirlas”?”.

pedido de indemnização cível, razão pela qual se concluiu que a ofendida não transpareceu qualquer sentimento de revolta ou repúdio para com os arguidos.¹¹⁰

Focados, portanto, na decomposição analítica de dois casos, diversos entre si, subjugados, por sua vez, à liberdade e poder decisório do juiz de direito, importará descobrir: caso o artigo 164.º do C.P. previsse, como elemento textual e pressuposto da sua verificação, a expressão “sem consentimento”, por parte da vítima, à semelhança do que é feito em outras legislações, se a solução aplicada a cada um destes casos seria, também ela, diferente da que se verificou.

No primeiro caso, o arguido foi absolvido e a assistente condenada ao pagamento das custas processuais, à partida, porque não ficou provado que o arguido tenha exercido qualquer forma de violência sobre aquela, constringendo-a à prática de atos sexuais, ou, pelo menos, não o efetuou de forma suficiente para preencher aquele que, pela maioria da jurisprudência, é considerado o elemento típico e chave do crime de violação. Ainda nesse caso, o T.R. considerou que a assistente, ainda que indiretamente, consentiu na prática de tais atos, por parte do seu próprio médico-psiquiatra, durante o período de gestação, pois, uma vez que o agente do alegado crime não fez uso da força ou de outro meio de coação, a assistente (repete-se: grávida e no final da sua gestação) tinha tido oportunidade(s) mais que suficiente(s) para fugir e abandonar o local, evitando o sucedido, isto é, a alegada violação.

No segundo caso *sub judice*, a situação revela-se um pouco diversa, pois o Tribunal *Ad Quem* incorreu em extrema e notória contradição, infirmando que nem sequer se verificaram os pressupostos de um crime de violação, quando na realidade a ofendida estava inconsciente dos atos e os arguidos sabiam bem disso.

Situações distintas que detém algo em comum: a descrédibilização da vítima e dos efeitos que os crimes praticados tiveram na sua pessoa e certamente na prossecução da sua vida futura. Perguntamo-nos como é que alguém, depois de ser vítima de uma atrocidade tamanha como a que esteve em causa em ambos os casos, consegue conduzir a sua vida, de forma natural e minimamente normal, após saber que os alegados culpados saíram ilesos, quiçá, absolvidos.

¹¹⁰ “(...) um preconceito inaceitável relativamente ao exercício de um direito legalmente reconhecido a toda e qualquer vítima do crime.” - Posição da APAV sobre o recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto relativo à prática do crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência”, setembro 2018, pp. 2.

Caso o artigo 164.º prevísse a expressão “sem consentimento”, ao invés do modelo do constrangimento consagrado, cremos que as decisões não seriam muito diferentes (porque os tribunais necessitariam sempre de alguma prova para concluir pelo não consentimento da vítima e iriam procurá-la no contato estabelecido entre a vítima e o agente, por forma a apurar se este foi violento ou não). No entanto, se, ao invés de termos primeiramente consagradas a violência e a ameaça como agravantes do crime, tivéssemos precedentemente previstas aquelas situações em que a vítima não foi violentada, mas manifestou o seu dissentimento, seria expectável uma decisão distinta em ambos os casos, objeto destes dois acórdãos.

5. O Direito Internacional Penal e os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual

5.1. Os crimes sexuais no panorama internacional

Pouco ou nada se ouvia falar dos crimes sexuais no âmbito do direito internacional penal. Pelo menos, pouco era o valor e relevo que lhes era atribuído, sob o ponto de vista penal, num panorama internacional.

Não significa, contudo, que não existissem, pelo contrário, existiam e em grande escala, sendo certo que a grande maioria das primeiras atrocidades humanas que indignaram (e continuam a chocar) o nosso pequeno mundo, detinham (e detêm quase sempre) uma conotação sexual.

Não foi ao ser reduzido a escrito que o crime de violação, pela primeira vez, começou a estar na boca do povo. Ainda que pudesse ser denominado de outra forma, o seu significado – a sua essência – sempre foi conhecido e lamentavelmente ignorado por todos.

Inicialmente, era apenas cometido contra mulheres, estas encaradas como sendo meros objetos sexuais, pertença e propriedade dos membros do sexo masculino.¹¹¹

¹¹¹ “Although both men and women can be and are raped, causing severe injury for both, in terms of numbers rape is essentially a crime committed against women. Further, women suffer from particular after-effects in rape that are not shared by men.”, CHINKIN, Christine; “Symposium The Yugoslav Crisis: New International Law Issues Rape and Sexual Abuse of Women in International Law”, EJIL, 1994, pp. 326.

O ato de violar uma mulher foi, em tempos, considerado como uma regalia, que era conferida aos homens guerreiros e lutadores, que, nos seus tempos livres, encontravam uma recompensa e forçavam qualquer mulher que encontrassem no seu caminho a praticar atos de cariz sexual consigo, ainda que contra a vontade daquela.¹¹²

Além de recompensa, o violar uma mulher podia ser igualmente uma forma de atacar o inimigo, como meio de humilhação.¹¹³ Servia para demonstrar que a comunidade, o povo a que a mulher pertencia, havia falhado em protegê-la.

Com apenas cento e cinquenta e sete artigos, foi em 24 de abril de 1863 que surgiu a primeira tentativa de codificação de leis. Francis *Lieber*, jurista germano-americano e professor na Universidade Columbia, em Nova Iorque, dedicou grande parte da sua vida igualmente à filosofia política, foi o autor do conhecido Código *Lieber*.¹¹⁴

Torna-se fácil apurar o valor protecionista daquele Código¹¹⁵, em especial das mulheres, não tivesse ele consagrado, no seu artigo 44.º que qualquer ato de violência e de violação seria punido com a pena de morte e feito constar essa sua intenção valiosa de proteção na epígrafe daquele preceito legal.¹¹⁶

¹¹² «Tradicionalmente, a violação de mulheres era vista como uma consequência normal da guerra – o “direito” de violar as mulheres era visto como uma recompensa devida aos soldados de ambos os lados pelo seu esforço em combate» - FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio; “Os crimes sexuais no Direito Internacional Penal, Trabalho apresentado no âmbito do XV Congresso Internacional de Defesa Social – O Direito Penal entre a guerra e a paz: Justiça e cooperação penal nas intervenções militares internacionais (Toledo, 20 a 22 de Setembro de 2007), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, agosto de 2007, pp. 640.

¹¹³ Violar uma mulher significava, no seu essencial, humilhar a comunidade a que ela pertencia. Muitas vezes, nem era uma questão de satisfazer os desejos sexuais do homem em si mesmo, mas sim fazer uso da mulher, violá-la, usá-la como um objeto sexual, servir-se dela como um meio para atingir um fim, fim esse mais importante. CHINKIN, Christine; “Symposium The Yugoslav Crisis (...)”, pp. 328.

¹¹⁴ «The "Lieber Instructions" represent the first attempt to codify the laws of war.» in “Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). 24 April 1863”, disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/110>.

¹¹⁵ “Uma das mais notáveis iniciativas foi o Código Lieber, preparado por Francis Lieber e promulgado pelo Presidente Lincoln, como General Orders N.º 100, 24 April 1863, para as tropas da União, durante a Guerra Civil Americana” – CARREIRA, José Manuel Silva; “O Direito Humanitário, as Regras de Empenhamento e a Condução das Operações Militares”, Cadernos Navais, n.º 11, outubro-dezembro, 2004, pp. 13.

¹¹⁶ “Art. 44. All wanton violence committed against persons in the invaded country, all destruction of property not commanded by the authorized officer, all robbery, all pillage or sacking, even after taking a place by main force, all rape, wounding, maiming, or killing of such inhabitants, are prohibited under the penalty of death, or such other severe punishment as may seem adequate for the gravity of the offense.”- disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/110>.

No fundo, foi a primeira tentativa do governo americano de regular os comportamentos dos militares, de impor determinados limites à guerra, ditando, simultaneamente, algumas regras e estabelecendo-se sanções para os não cumpridores.¹¹⁷

Seguiu-se a primeira Conferência de Paz, na cidade de Haia, no ano de 1899. O seu principal objetivo, inicialmente, era constituir uma revisão à Declaração de Leis e Costumes de Guerra que havia sido elaborada na Conferência de Bruxelas, em 1874, mas que ainda não tinha sido alvo de qualquer ratificação.¹¹⁸

Foram aprovadas e ratificadas as duas Convenções de Haia, nos anos de 1899 e 1907, respetivamente. Sucede que, em momento algum, estes diplomas que visavam instituir a paz ou, concretamente, estabelecer modos de resolução pacíficos de controvérsias internacionais, nenhum deles mencionou os crimes sexuais ou regulou matéria nesse campo.

Conclui-se, destarte, que aquilo que já havia feito parte, alguns anos antes, do Código de *Lieber* – o crime violação - voltou a ser olvidado, desta vez num panorama internacional. Isto porque, tais Convenções apenas se terão pronunciado sobre a “honra e os direitos de família”.¹¹⁹

Atenda-se, portanto, ao teor do artigo 46.º:

“Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated.”

O que, em bom rigor e traduzido à letra, significa que a honra familiar e os direitos e vidas das pessoas, assim como a sua propriedade privada e também as suas convicções e práticas religiosas devem ser respeitados. Ainda que, salvo melhor opinião, não se encontre no preceituado supra qualquer referência direta nem mesmo indireta aos

¹¹⁷ “Rape is a crime, in war as in peace, because it violates the rights of the woman who is attacked.”, WALZER, M. “Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations (2nd ed. 1992)” Apud. em CHINKIN, Christine; “Symposium The Yugoslav Crisis (...)”, pp. 329.

¹¹⁸ «One of the purposes for which the First Hague Peace Conference of 1899 was convened was "the revision of the declaration concerning the laws and customs of war elaborated in 1874 by the Conference of Brussels, and not yet ratified"», “Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907.”, disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195?OpenDocument>

¹¹⁹ FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio; “Os crimes sexuais no Direito Internacional Penal (...)”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, agosto de 2007, pp. 641.

crimes sexuais, há quem considere que a honra das mulheres, grosso modo vítimas daquele tipo de crimes, estava intimamente ligada à honra da família, daí que entendam que, de algum modo (uma leitura muito extremista), os crimes sexuais contra mulheres foram igualmente e indiretamente protegidos na Convenção de Haia.¹²⁰ Um parecer que certamente terá levado bastante tempo a ser alcançado, atenta a promiscuidade daquele artigo que, de uma leitura só, não permitirá apurar tal facto. Um artigo não nos diz o que queremos ouvir, diz-nos apenas o que nele está escrito.

Como é natural, não nos podemos jamais basear em leis ou artigos legais que se revelem tão obscuros e omissos. Se assim fosse, em qualquer preceito legal poderíamos subtrair tudo aquilo que quiséssemos, por forma a fazer valer os nossos mais íntimos desejos e aspirações. Não pode, nem deve, em momento algum, ser esse o escopo de uma lei, nem poderá jamais ser esse o modo como olhamos e interpretamos um princípio legal.

Numa escala temporal, seguiu-se a Segunda Grande Guerra Mundial e, com o seu fim, em 1945, assistiu-se à constituição de uma instituição internacional, de natureza militar, com o intuito de julgar os líderes e cúmplices da maior atrocidade humana, até então - o Tribunal de Nuremberga, criado pelas quatro potências aliadas.¹²¹

Winston Churchill, primeiro-ministro britânico de então, não conseguia encontrar palavras que definissem o que se vinha verificando na Europa, desde 1939, e muito menos, concretizar o tipo de crime que havia ocorrido. As suas famosas palavras ficarão para sempre na história: *“Estamos na presença de um crime sem nome”* (*“We are in the presence of a crime without a name”*).¹²² Naquela altura, a palavra genocídio ainda não havia sido criada, ainda nem sequer existia.¹²³

¹²⁰ “(...) dentro de la protección al honor en la época parecen incluirse la prohibición de atacar la sexualidade de la mujer y com ello, el honor de toda la familia.”, ZORRILLA, Maider; “La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual”, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, pp. 18.

¹²¹ “Assim, em 08 de agosto de 1945, as quatro potências aliadas – Grã-Bretanha, Estados Unidos, França e URSS – firmaram o Acordo de Londres, pelo qual fora estatuído o Tribunal Militar Internacional, a ser sediado na cidade alemã de Nuremberg, cujo escopo seria o julgamento dos principais responsáveis pelos crimes cometidos no curso Segunda Guerra Mundial. Estavam, dentre os 22 réus, os principais orquestradores do regime nacional-socialista, ligados à burocracia estatal, às políticas de guerra e às políticas raciais.”, FREITAS, Alessandra Maria Martins; “O Tribunal de Nuremberg: Da tipificação de crimes contra a humanidade a novos paradigmas no direito internacional”, Universidade Federal de Minas Gerais, pp. 4.

¹²² “And this is but the beginning. Famine and pestilence have yet to follow in the bloody ruts of Hitler's tanks. We are in the presence of a crime without a name. ”, palavras de Winston Churchill, no seu discurso de 24 de agosto de 1941, dois meses depois do ataque surpresa levado a cabo pelos alemães na Rússia, em junho. – FUSSEL, James T.; «"A crime without a name" Winston Churchill, Raphael Lemkin and the World

Sucedeu que, àquela data, o Tribunal de Nuremberga não julgou nenhum militar nazi pela prática do crime de violação ou de outro crime sexual. Na verdade, até então, não havia, ainda, uma especificação desse tipo de crimes, não obstante terem feito parte integrante da conduta dos militares nazis que maltratavam, humilhavam, torturavam e violavam, de forma antinatural e completamente desumana, as judias e ciganas que estivessem nos campos de concentração. Ainda assim, não foi esse o motivo da sua punição, ou pelo menos, não o verdadeiro.¹²⁴

Apesar de terem sido vários os testemunhos que declararam os muitos episódios de violação e outros atos violentos, de forma massiva, nenhum desses depoimentos foi tido em consideração na hora de julgar e punir os verdadeiros autores dos crimes.¹²⁵ As razões

War II origins of the word "genocide"», disponível em <http://www.preventgenocide.org/genocide/crimewithoutaname.htm>

¹²³ Apenas mais tarde, em 1941, é que Raphael Lemkin, um judeu polaco, que se encontrava, aquando do discurso do primeiro ministro britânico, nos Estados Unidos da América, começou a procurar informação e a indagar sobre as verdadeiras pretensões alemãs. Conseguiu apurar o que se vinha desenrolando nos campos de concentração e a divisão discriminatória de população (inclusive de comida) que era feita pelos alemães por toda a Europa, quase sem deixar qualquer rasto. Concluiu tratar-se de uma verdadeira exterminação, desta vez completamente diferente de todas as anteriores. Não era uma simples exterminação de insetos ou de outra espécie animal, mas sim de pessoas, de determinados grupos populacionais que não eram “bem-vindos” na Europa. «Winston Churchill had called the offense, "a crime without a name." Raphael Lemkin called it "genocide."» FUSSEL, James T.; «"A crime without a name" Winston Churchill, Raphael Lemkin and the World War II origins of the word "genocide"», disponível em [http://www.preventgenoci](http://www.preventgenocide.org/genocide/crimewithoutaname.htm)

[de.org/genocide/crimewithoutaname.htm](http://www.preventgenoci.de.org/genocide/crimewithoutaname.htm)

¹²⁴ “As mulheres, judias sobretudo, mas que também podiam ser alemãs que ajudaram judeus ou tropas inimigas do país, eram obrigadas a prostituírem-se com dezenas de homens por dia, às vezes ao longo de até 22 horas. Aos homens a quem era permitido entrar nos bordéis — os judeus, por exemplo, estavam proibidos de visitar as escravas –, quinze minutos com uma prostituta custavam 2 marcos. Era ainda mais barato do que comprar cigarros. E só havia uma regra: a única posição sexual permitida era a de missionário. Se engravidassem, tinham de fazer um aborto.” Por FERREIRA, Marta Leite; “As escravas sexuais dos campos de concentração da II Guerra Mundial”, em 14 de março de 2017, “Observador”, disponível em <https://observador.pt/2017/03/14/as-escravas-sexuais-dos-campos-de-concentracao-nazi-em-imagens/>

No mesmo sentido, Robert Sommer lançou um livro, baseado em testemunhos reais de vítimas sobreviventes, em que fala da exploração sexual das mulheres que viviam nos campos de concentração nazis e de como foram criados os já apelidados “bordéis”, uma ideia que revelou ter partido de um grande líder nazi - Heinrich Himmler. Himmler, após ter constatado que a produção de granito que era levada a cabo pelos prisioneiros de um campo de concentração na Áustria, Mauthausen, não era sequer superior à produção nacional, decidiu criar bordéis de mulheres (Weiber in Bordellen), nos próprios campos, como uma forma de compensar os prisioneiros pelo seu trabalho árduo e de os incentivar a trabalhar mais e melhor. Às mulheres que se voluntariassem (ou que eram recrutadas) era-lhes prometida comida, banhos diários e, mais importante que tudo o resto, a liberdade dentro de seis meses num bordel – o que nunca se verificava. “The women were also promised their release after six months in the brothel – although this promise was never kept.” – SOMMER, Robert, “Sexual Exploitation of Women in Nazi Concentration Camp Brothels”, pp. 48 - https://books.google.pt/books?id=nLdJEZGkwrkC&pg=PA_59&lpg=PA59&dq=robert+sommer+2009&source=bl&ots=DtpNktaNEN&sig=ACfU3U2qnmUm_HVLsazaN1KvxP6VQjZGhw&hl=ptPT&sa=X&ved=2ahUKewjnXpaRyfrhAhUBDGMBHeR5DgcQ6AEwD3oECAYQAQ#v=onepage&q=robert%20sommer%2009&f=false

¹²⁵ ZORRILLA, Maider; “La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual”, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, pp. 17 e FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio; “Os crimes

dessa ocultação tornaram-se claras, alguns anos mais tarde, quando um estudo debruçado sobre os comportamentos costumeiros dos militares, em sentido generalizado, nos permitiu constatar que também os militares das forças aliadas terão cometido crimes sexuais contra mulheres ou até mesmo contra homossexuais (que à data da guerra foram igualmente perseguidos e torturados).¹²⁶

A violação de mulheres nunca integrou o conceito de tortura (ainda que não deixe de configurar um tratamento desumano, que provoca dor, nem que seja a emocional). Talvez nem o devesse integrar. Porém, era imperioso que aqueles comportamentos atrozes e perversos não passassem impunes, não da maneira que o foram.

A única solução viável para punir aquele tipo de crimes, com denotação sexual, naquela data, era integrá-los na nova definição de crimes contra a humanidade. Porém, isso só se verificou meses mais tarde à criação do Tribunal de Nuremberga.

Em 20 de Dezembro de 1945, quando já a Segunda Grande Guerra Mundial tinha acabado, foi aprovada a Lei de Controlo, n.º 10, na cidade de Berlim, com o objetivo de punir os culpados de crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade. Logo no artigo 2.º da mesma Lei estavam definidos os crimes contra a humanidade e era nessa secção que se encontrava o crime violação.¹²⁷

Não obstante ter sido incluído o crime de violação no elenco significativo de crimes contra a humanidade, repete-se, nenhum militar foi punido pelo Tribunal de Nuremberga pela prática daquele crime sexual.

Pela primeira vez reunido em maio de 1946, surgiu o Tribunal Militar Internacional de Tóquio, numa tentativa de superar os conflitos da Grande Guerra e bem

sexuais no Direito Internacional Penal (...)", Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, agosto de 2007, pp. 642.

¹²⁶ "Os elevados índices de violência sexual contra as alemãs especialmente às mãos dos soldados soviéticos e seus colaboradores tem de ter incontestavelmente em conta o desejo de vingança pelos crimes alemães, mas há que questionar o que levou a vingança a exprimir-se dessa forma." GARRAIO, Júlia; "Os limites da representação: a violação da mulher alemã na Segunda Guerra Mundial", Oficina do CES (Centro de Estudos Sociais) n.º 360, janeiro de 2011, pp. 8. A Autora explica as incontáveis vítimas alemãs na Segunda Guerra com base em "uma nação culpada de genocídio e de terríveis crimes de guerra" (pp. 9).

¹²⁷ "Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated.", CONTROL COUNCIL, Law No. 10, "PUNISHMENT OF PERSONS GUILTY OF WAR CRIMES, CRIMES AGAINST PEACE AND AGAINST HUMANITY", disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>

assim sancionar/castigar todos os japoneses que praticaram atos hediondos e mortíferos durante a guerra. Contrariamente à política do Tribunal de Nuremberga, este Tribunal destacou-se por ter efetivamente condenado aqueles que fizeram parte da violação massiva que teve lugar na cidade de Nanquim¹²⁸ (“Rape of Nanking”).¹²⁹ Ainda que não deixe de ser algo importante, que marcou certamente o início da condenação internacional de agentes deste tipo de ilícitos, a realidade é que não se pode encarar aquela atitude japonesa como um verdadeiro feito, mas sim como algo meramente inevitável. Tratou-se de um episódio lamentável, ordenado pelo líder nacionalista do Japão Chiang Kai-Shek, que não poderia ser ignorado e que exigia, sem mais, a condenação dos culpados.

Em 1949, foram aprovadas as Quatro Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais. Contêm no seu texto normas relevantes, que visaram impor e destacar os limites às barbaridades da guerra.¹³⁰ A Primeira Convenção logra proteger os soldados feridos; a Segunda, além dos militares enfermos, tutela os náufragos; a Terceira aplica-se essencialmente aos prisioneiros da guerra e a Quarta, essa sim, menciona os civis e a necessidade de proteção das suas vidas.

De facto, é o conteúdo desta última Convenção que nos importa. No seu artigo 4.º encontra-se a definição de “pessoas protegidas”, incluindo-se nesse conceito todos os que, a determinada altura ou por algum motivo, se encontrem numa situação de conflito ou de ocupação, nas mãos e sob o poder da Contraparte do conflito ou que sejam vítimas de uma ocupação ilegítima.¹³¹

¹²⁸ Não obstante as tropas chinesas terem sido obrigadas a abandonar a cidade de Nanquim, à ordem do líder japonês, no seguimento da derrota sofrida na Guerra Sino-Japonesa, um pequeno grupo de missionários e homens de negócio, tentaram, a todo o custo, criar uma área de segurança para todos os cidadãos de Nanquim, por forma a evitar um futuro massacre. Em vão. A 13 de Dezembro de 1937, as tropas japonesas, comandadas por Matsui Iwane, entraram na cidade e continuaram os atos terríficos que vinham já pondo em prática durante a viagem. Milhares de idosos e crianças foram executadas e dezenas de milhares de mulheres violadas. Não obstante serem muitos aqueles que, ainda hoje, negam a existência de qualquer massacre, a história demonstra que a cidade demorou décadas a recompor-se. – “Nanking Massacre”, publicado em 9 de Novembro de 2009, A&E Television Networks, disponível em <https://www.history.com/topics/japan/nanjing-massacre>

¹²⁹ FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio; “Os crimes sexuais no Direito Internacional Penal (...)”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, agosto de 2007, pp. 643.

¹³⁰ “As Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais”, 29 de outubro de 2010, Panorama, Comité Internacional da Cruz Vermelha, disponível em <https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>

¹³¹ “DEFINITION OF PROTECTED PERSONS – Article 4: Persons protected by the Convention are those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals. Nationals of a State which is not bound by the Convention are not protected by it. Nationals of a neutral State

É o art. 27.º da Convenção que merece melhor ressalva, pois é nele que se encontra preceituado que as mulheres devem ser especialmente protegidas de qualquer ataque que seja efetuado contra a sua honra, em particular, violações, prostituição forçada ou outra forma de abuso indecente. Ora bem, de facto, significa isto que existiu um avanço legislativo¹³², comparativamente ao que era concretizado legalmente na Convenção de Haia. Contudo, ainda não foi um avanço suficiente, uma vez que ainda não foi na Convenção de Genebra que os crimes sexuais se viram finalmente autonomizados, contrariamente ao que seria já então esperado, atento o comportamento decadente que se fez sentir na Grande Guerra e que já era, por fim, conhecido por todos.

Se algum proveito se pode retirar da Segunda Grande Guerra (se é que dela se poderá falar nestes termos, sem que se seja alvo de confrontação) são apenas e tão só as diligências que começaram a ser adotadas *a posteriori* por cada um dos Estados, no sentido de controlar as quezílias europeias e internacionais que pudessem existir e bem assim promover a cooperação interestatal e o desenvolvimento socioeconómico, a nível mundial.

Foi com esse objetivo que em 1945 foi criada a Organização das Nações Unidas¹³³ e com ela o Conselho de Segurança, o qual, ainda hoje, mantém os seus propósitos iniciais, mas ainda mais vigorosos, e pretende preservar a paz e a segurança internacionais.

Com ele e com a sua Resolução n.º 827, de 25 de maio de 1993, foi criado o Tribunal Internacional da Antiga Jugoslávia (T.P.I.A.J.), idóneo para julgar quem fosse responsável por graves violações ao direito internacional humanitário.¹³⁴

who find themselves in the territory of a belligerent State, and nationals of a co-belligerent State, shall not be regarded as protected persons while the State of which they are nationals has normal diplomatic representation in the State in whose hands they are.” - disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/>

¹³² “Apesar de esta Convenção ser posterior à Lei n.º 10 do Conselho de Controlo Aliado, de 1945, os crimes sexuais não constam expressamente da lista das violações graves da Convenção (...)”, FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio; “Os crimes sexuais no Direito Internacional Penal (...)”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, agosto de 2007, pp. 642-643.

¹³³ CALEIRAS, João Fernando de Sousa; “Portugal no Conselho de Segurança das Nações Unidas: Biénio 2011-2012”, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, fevereiro 2014, pp. 6.

¹³⁴ “Considerando que a criação de um tribunal internacional e o procedimento contra as pessoas responsáveis por violações ao direito internacional humanitário contribuirão para pôr fim a tais violações e a reparar os seus efeitos de forma efectiva; Tendo presente, a esse respeito, a recomendação dos co-presidentes do Comité Director da Conferência Internacional sobre a ex-Jugoslávia a favor da criação de um tal tribunal (S/25221); Reafirmando, a esse respeito, que ficou decidido, através da Resolução n.º 808 (1993), criar um

Era o artigo 5.º do Estatuto daquele Tribunal, de cariz internacional, que previa, de entre os crimes contra a humanidade, o crime de violação (alínea g).

No ano subsequente, seguiu-se a criação do Estatuto do Tribunal Internacional para julgar as pessoas responsáveis por atos de genocídio e outras violações graves do Direito Internacional Humanitário cometidas no território do Ruanda ou noutros Estados vizinhos, melhor abreviado por Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (E.T.P.I.R.), adotado igualmente pelo Conselho de Segurança da O.N.U., em 8 de novembro de 1994, pela Resolução n.º 995.

Para Sónia Fidalgo, terão sido estes dois tribunais penais internacionais que marcaram o início de uma nova etapa dos crimes sexuais, num panorama global¹³⁵, ou, pelo menos, o modo como eram perspetivados sofreu alterações significativas.

O Estatuto do TPI para o Ruanda manteve a ideologia do Estatuto do T.P.I.A.J., consagrando, assim, o crime de violação como um atentado contra a humanidade, integrando-o na mesma alínea que aquele, ainda que num artigo diverso (alínea g) do artigo 3.º do Estatuto).

Sucedem que, contrariamente ao Estatuto do T.P.I.A.J., o T.P.I.R. tem competência para julgar todos aqueles que pratiquem ou cometam graves infrações como as constantes e preceituadas no artigo 3.º das várias Convenções de Genebra (sendo que, neste circunscripto, nos referimos a atos violentos para com a vida, saúde, bem-estar de alguém, atos de tortura, de terrorismo, de ultraje à dignidade da pessoa, entre tantos outros – artigo 4.º do E.T.P.I.R.). Significa, portanto, que a competência do Tribunal Penal Internacional do Ruanda extravasava o âmbito de aplicação do Tribunal da Antiga Jugoslávia.¹³⁶

tribunal internacional para julgar as pessoas responsáveis por violações graves do direito internacional humanitário cometidas no território da ex-Jugoslávia a partir de 1991 (...)” - Resolução n.º 827 (1993) - Adotada pelo Conselho de Segurança na sua 3217.ª sessão, de 25 de Maio de 1993; Aviso n.º 100/95 de 11-05-1995; BJUR – Base de Dados Jurídica.

¹³⁵ “(...) marcaram o início do fim da impunidade dos crimes sexuais no direito internacional.”, FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio; “Os crimes sexuais no Direito Internacional Penal (...)”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, agosto de 2007, pp. 643-644.

¹³⁶ Ainda assim, estes dois Tribunais não se preocupavam essencialmente com a justiça ou proporcionalidade da punição, não indicando que punições/castigos eram os mais apropriados ou como deveriam ser aplicados, na prática. CAEIRO, Pedro; “*Alguns aspetos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua*”, Separata Direito e Cidadania, Volume V, n.º18, setembro-dezembro 2003, pp. 41 e SMIT, Dirk Van Zyl, “*International Imprisonment*”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 54, Issue 2, abril 2005, pp. 360.

Contrariamente, este último não enquadrava os crimes de violação na panóplia de crimes de guerra, ainda que não deixe de ser inteiramente verdade que, durante a sua vigência, condenou vários indivíduos pelo crime de violação, não se tendo socorrido somente do artigo 5.º que o qualificava como crime contra a humanidade, mas também de outros preceitos, acabando por projetar aquele ilícito como uma violação das leis da guerra.¹³⁷

O Tribunal Penal Internacional (T.P.I.) e o seu Estatuto (de Roma)¹³⁸ vieram afirmar novas regras em matéria de crimes sexuais, tipificando o crime de violação – “(...) e qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável (...)”¹³⁹ - como crime contra a humanidade, tamanha que é a sua gravidade. Foi a 17 de julho de 1998 que o Estatuto de Roma foi aprovado e em 1 de julho de 2002 que entrou finalmente em vigor.¹⁴⁰

5.2. A Lei alemã e os crimes sexuais

Foi há apenas três anos que a lei alemã sofreu a sua maior reforma, no que diz respeito aos crimes sexuais e ao modo como estavam anteriormente preceituados.

No século XIX, com a promulgação do Código Penal Alemão¹⁴¹, os crimes sexuais integravam a categoria de ofensas contra a moralidade.¹⁴² Em 1973, foram alterados para ofensas praticadas contra a autonomia sexual.¹⁴³

¹³⁷ FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio; “Os crimes sexuais no Direito Internacional Penal (...)”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, agosto de 2007, pp. 644.

¹³⁸ “Thus, the need for a system of international criminal law, the justifications for a permanent institution (in terms of respect, effectiveness, and efficiency), and the deterrent effects of a force for independent intervention all lend credence to the decision made at Rome.” - KING, Henry; THEOFRASTOUS, Theodore C.; “From Nuremberg to Rome: A Step Backward for U.S. Foreign Policy”, Case Western Reserve University, School of Law, Case Western Reserve Journal of International Law, Volume 31, Issue 1, 1999, pp. 66.

¹³⁹ Alínea g), do número 1, do artigo 7.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/estatuto_roma_tpi.pdf

¹⁴⁰ Para Anabela Miranda Rodrigues, a criação do T.P.I. foi como que um “reatar da noção de humanidade” - RODRIGUES, Anabela Miranda; “O tribunal penal internacional e a prisão perpétua – que futuro?”, Revista Direito e Justiça, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; volume 15, T 1, 2001, pp. 11.

¹⁴¹ German Criminal Code – abreviado em StGB.

¹⁴² HÖRNLE, Tatjana; “Penal law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law”, Buffalo Criminal Law Review, volume 3, n.º 2, janeiro 2000, publicado pela University of California Press, pp. 639.

¹⁴³ A semelhança do que se vivia em Portugal, até que o bem jurídico que se pretendia tutelar com a incriminação deste tipo de crime mudasse de forma definitiva, eram punidos muitos comportamentos sexuais, encarados como meras ofensas à moralidade, de entre os quais os actos sexuais praticados entre homossexuais. Do mesmo modo, na Alemanha, assim que o crime de violação passou a ser punido para

Antes da grande reforma de 2016 – aquela que alterou significativamente o conceito de violação – este crime, definido no território alemão como “Coerção Sexual/Violação”, estava sempre associado a qualquer tipo de coerção, força física, ameaça ou outros meios de constrangimento típicos que fossem postos em prática pelo agente do crime. Nas palavras de Tatjana Hornle, a coerção era prevista anteriormente na lei alemã (mais concretamente no artigo 177.º) como uma condição necessária para a prática deste crime.

Para que existisse, de facto, a perpetração deste tipo de ilícito na Alemanha, antes de 2016, o artigo 177.º do Código especificava que era necessário que aquele fosse praticado forçosamente contra alguém, que o agente do crime provocasse perigo ou configurasse algum tipo de perigo para a vida ou para a saúde da vítima; que o agente do crime se tivesse aproveitado de uma situação em que a vítima estivesse ao seu dispor, claramente desprotegida e fosse obrigada, pelo agente ou por um terceiro, a praticar atos de cariz sexual consigo ou com outrem (número um do artigo).

Na lei alemã, a diferente graduação da gravidade deste tipo de comportamentos era evidente. Aos comportamentos supra elencados, que integravam o número 1 do artigo 177.º, do StGB, a pena de prisão aplicável não poderia ser inferior a um ano.

Contudo, antes de 2016, existiam os designados casos “sérios” ou “casos de especial gravidade” e que, de algum modo, eram perspetivados como uma forma mais gravosa de cometer este tipo de crime.

Os comportamentos que consubstanciavam um caso especial e sério de violação apareciam quando a vítima tivesse sido obrigada a praticar relações sexuais com o agente ou atos de natureza similar (sendo o caso mais grave quando existisse verdadeiramente penetração sexual), ou, ainda, quando o ato tivesse sido praticado por mais do que uma pessoa. Nestes casos, a pena de prisão aplicável não poderia ser inferior a dois anos.

Caso o agressor sexual fizesse uso de uma arma ou de um outro tipo de instrumento/material perigoso que acarretasse algum tipo de risco para a vítima – verificando-se assim o pressuposto de ameaça neste tipo de crime e o de perigo para a saúde da vítima – nessas situações, a pena de prisão não poderia ser inferior a três anos.

tutelar uma categoria diferente de bem jurídico, também esse tipo de comportamentos deixou de ser visto como crime.

Importa no entanto ter em conta que a lei alemã, até 2016, previa a coerção em duas vertentes distintas: não só a integrava primeiramente no artigo 177.º, quando alguém tivesse coagido outrem a praticar atos de natureza sexual, consigo ou com um terceiro, recorrendo à força e à ameaça; como também a previa, numa outra vertente, enquanto circunstância agravante, isto é, caso o agente do crime se socorresse de uma arma para vencer a eventual resistência da vítima ou colocasse a vida desta em perigo, enfrentaria uma pena de prisão superior.

Ainda que se revele um pouco confusa, a lei alemã compreendia as diferentes formas de se consumir este tipo de crime, distinguindo os casos em que a mera coação não passava de força física ou ameaça verbal, das situações em que a vida ou saúde da vítima era efetivamente colocada em risco, quando ameaçada pelo uso de instrumentos perigosos, como armas, por exemplo.

A pena de prisão mais elevada apenas tinha lugar quando se verificasse tudo em simultâneo: se o agente se tivesse servido de alguma arma ou de outro instrumento perigoso, se tivesse abusado sexualmente da vítima e se tivesse colocado esta em perigo de vida, durante a prática do crime (“during the commission of the offense”).¹⁴⁴ Nestas situações, a pena ascendia a cinco anos de prisão.

Se, porventura, a factualidade de um determinado caso concreto não fosse o suficiente para preencher todos os requisitos previstos no número um do artigo do crime de “coerção sexual/violação”, a pena de prisão poderia variar entre cinco meses a cinco anos e nos restantes casos, considerados de especial gravidade, mas que não preenchessem os pressupostos dos números 3 e 4 seriam punidos entre um a dez anos de prisão.¹⁴⁵

Uma análise meramente perfuntória daquele artigo permite apurar que a lei alemã mantinha ainda algumas raízes medievais, continuando a associar o crime de violação a determinados meios de constrangimento, tipicamente usados pelos antepassados históricos: força, ameaça, armas, instrumentos perigosos. Tudo o que fosse necessário para obrigar alguém a praticar atos sexuais, contra a sua vontade, nem que para tal tivesse de se colocar aquela pessoa numa situação de perigo de vida.

¹⁴⁴ German Criminal Code, promulgado em 13 novembro de 1998, Federal Law Gazette, artigo 177.º, pp. 81.

¹⁴⁵ HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law on Sexual Offenses”, Humboldt-Universität zu Berlin, outubro, 2016, p.1

Inicialmente esta lei, na prática, remetia-nos inevitavelmente para aquela ideia abstrata de que a vítima que, obrigatoriamente, tinha de se defender do seu agressor sexual, ficou incapacitada para o fazer, por algum meio superveniente ou alheio: ou porque o agente do crime tinha uma arma, que a colocava em perigo, caso fizesse algum movimento mais arriscado ou tentasse fugir; ou porque a vítima tinha tanto receio dos danos que podiam advir da força física do agente que, por esse motivo, também não conseguiu escapar. De qualquer modo, estava permanentemente associado ao crime de violação e a qualquer outro crime sexual um ónus de resistência da vítima – no fundo, para que se consumasse aquele ilícito, a vítima tinha de tentar fugir e resistir ao crime e à prática do ato em si, porém não o conseguiu fazer, porque o agente não deixou (a ideia de que a força do agente supera a da vítima, a qual, por sua vez, tinha sempre de resistir).

Sucedem que, desde 1871 que esta obrigação que caía irremediavelmente sobre a vítima, aos poucos, foi ultrapassada. De facto, a ideia de resistência física por parte da vítima deixou de ser obrigatória para a consumação do crime, tendo-se considerado que o simples facto de o agente ameaçar a vítima já era suficiente para que esta não pudesse resistir.¹⁴⁶

Ainda assim, não foi uma ideia ultrapassada definitivamente. Na prática, a lei alemã, até 2016 defendia apenas as vítimas que fossem obrigadas a praticar atos sexuais, por intermédio de ameaças, força, instrumentos perigosos, armas ou outros meios de coação. As restantes vítimas, que as existiam, não eram protegidas pela lei alemã. Aquelas que apenas diziam que não, não estavam incluídas no âmbito de proteção daquela lei.¹⁴⁷

A anterior versão do código alemão relembra a perspectiva jurisprudencial portuguesa constante do conhecido Acórdão de 2011, onde o Tribunal da Relação do Porto formou a sua convicção num único sentido: não se tendo dado como provado que o agente

¹⁴⁶ HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law on Sexual Offenses”, Humboldt-Universität zu Berlin, p.2.

¹⁴⁷ “All taken together, § 177 StGB (old version) in its interpretation by the courts took a ridiculously demanding view of victims’ obligations. It protected only those who were coerced by violence or threats for life and limb or who feared serious bodily injuries from the offender and had not even the slightest chance to escape or alarm others. Victims who were caught off guard or did say “no”, but did not show the highest degree of prudence and courage with regard to escape routes, were told that no criminal wrong had been done to them.” - HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law on Sexual Offenses”, Humboldt-Universität zu Berlin, outubro, 2016, p.2.

do crime fez uso de violência física para com a vítima, era inútil confirmar se a vítima disse que não, se consentiu ou não na prática do ato sexual.¹⁴⁸

À semelhança da polémica que se fez sentir em Portugal, aquando da prolação daquele acórdão, na Alemanha iam aparecendo casos bastante parecidos, que não eram punidos como crime de violação mas antes como meros atos de exibicionismo, chegando ao cúmulo de se exigir que a vítima tivesse alertado outros ou chamado alguém em seu auxílio.¹⁴⁹ Por muito tempo que passe ou por muito que a lei evolua, bem escondida nas entrelinhas de cada frase do preceito legal, permanece a ideia de que não basta que a vítima diga que não à prática de um determinado ato sexual (ou, pelo menos, aparentemente é essa a essência que é extraída da lei pelos verdadeiros aplicadores do direito).

Tatjana Horne considera que a versão originária do Código Alemão, de 1971, sofreu diversas alterações, em várias matérias, porém, no que concerne aos crimes sexuais e em especial ao de violação, essas alterações apenas se verificaram em 2016.

Destarte, foi em 2016 que o modelo alemão de coerção sexual/violação foi substituído pelo modelo de “não significa não” (modelo de não consentimento da vítima).¹⁵⁰ A razão de ser desta atualização prende-se essencialmente com a ratificação da Convenção de Istambul, que no seu artigo 36.º exige que atos sexuais praticados sem consentimento da vítima sejam criminalizados pelas diferentes ordens jurídicas. Também os vários movimentos feministas que iam ganhando força no território alemão e as iniciativas de várias organizações não-governamentais impulsionaram esta mudança legislativa.

¹⁴⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011;

¹⁴⁹ Neste sentido, ver caso BGH 4 StR 424/14 - Judgment of 29 January 2015 (LG Siegen), disponível em <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/14/4-424-14.php> - um caso em que o arguido foi absolvido, por não ter ficado provado que os atos tinham sido contra a vontade das vítimas. Estava em causa um ato exibicionista, apenas em relação a um dos autores, caracterizado pela lei alemã como uma situação em que o ofensor apresenta a outro, sem o seu consentimento, um membro ou órgão sexual para aumentar ou satisfazer prazeres sexuais ou, ainda, observar a reação do terceiro. Relativamente ao outro co-autor, o tribunal considerou que este havia consentido, não havendo qualquer conduta legalmente censurável por parte do agente.

¹⁵⁰ A lei alemã abandonou o esquema do “constrangimento” e “adicionou à vontade o atributo de cognoscível. O padrão é o do homem médio colocado na posição do agente”. Ao que tudo indica, “(...) parece ser mais exigente do que a portuguesa para o preenchimento do tipo - CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)”, junho de 2019, pp. 19.

Contudo, há que tentar compreender por que motivo esta alteração legislativa ao Código Penal Alemão influíu somente sobre os crimes sexuais e não sobre todos os crimes, no geral ou, pelo menos, por que razão essa alteração foi tão abrupta e repentina e não ponderada minuciosamente durante algum tempo, tendo em conta que era este um Código que, nesta matéria de crimes sexuais, não era alterado há muito tempo, mantendo as suas raízes e concepções medievais.

Pois bem, a ideia inicial do Ministro da Justiça alemão era adicionar ao já consagrado modelo de coerção sexual um novo modelo de criminalização, uma nova perspectiva jurídica, concretamente: punir aqueles que obrigassem alguém a praticar atos de cariz sexual, ainda que sem o consentimento da contraparte. Porém, como já é natural, essa opção não agradou a todos, nem sequer à maioria.

Daí que, em 2016, movimentos feministas e membros do Parlamento alemão se tenham reunido e aprovado um novo modelo de tipificação de crimes sexuais – o do não consentimento. Para a Autora, Tatjana Hörnle, uma reforma mais prudente seria uma mais demorada, que se tivesse pronunciado sobre todos os aspetos desta matéria e que, sobretudo, tivesse previsto os problemas que dela poderiam advir.¹⁵¹ Contudo, não foi isso que se verificou, pelo contrário, foi esta uma reforma altamente improvável, do ponto de vista legal, demasiado repentina e que, naturalmente, teve as suas repercussões, na prática.

Contudo, a nova abordagem alemã, neste circunspecto dos crimes sexuais, é surpreendente e remete para os vários tipos de não consentimento que podem existir. No novo artigo 177.º (com a redação “Sexual Assault; Sexual Coercion; Rape”)¹⁵² do Código

¹⁵¹ HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law on Sexual Offenses”, Humboldt-Universität zu Berlin, outubro, 2016, p.4

¹⁵² German Criminal Code, na versão atual – disponível em http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=&p_isn=51220&p_classification=01.04 - “(1) Who, against the recognizable will of another person, performs sexual acts with this person or makes her act sexually or induces the other person to suffer sexual acts by a third person or to perform sexual acts with a third person, will be punished with imprisonment between six months and five years. (2) In the same way will be punished who performs sexual acts with another person or makes her act sexually or induces the other person to suffer sexual acts by a third person or to perform sexual acts with a third person, if 1. the offender exploits that the person is not able to form an adverse will or to express it, 2. the offender exploits that the person, due to her physical or mental state, is severely restricted in forming or expressing her will, unless he has assured himself of the other’s approval, 3. the offender exploits a moment of surprise, 4. the offender exploits a situation in which the victim in the case of resistance has to expect a serious evil, or 5. the offender has coerced the person to perform or suffer the sexual act by threatening a serious evil. (3) The attempt is punishable. (4) The punishment is imprisonment of not less than one year if the inability to form or to express an adverse will is caused by disease or disability. (5) The punishment is imprisonment of not less than one year if the offender 1. applies force against the victim, 2. threatens the victim with imminent danger to life or limb, or 3. exploits a situation in which the

Penal alemão passaram a estar incluídos os comportamentos que forem praticados contra a vontade e sem o consentimento de alguém, integrando as situações em que a vítima expressa verdadeiramente e sem margem para dúvidas a sua falta de vontade e o seu dissentimento ao agente do crime e, mais importante ainda, integra os casos em que o agente se aproveitou do facto de saber que, por algum motivo, a vítima não conseguia expressar a sua vontade (ou a falta dela), sabendo bem o agente que a vítima era contra a prática daquele ato.

Um aspeto surpreendente desta nova previsão legal é o facto de, ainda assim, continuar a existir algum tipo de ónus por parte da vítima: desta vez, não é o de resistir fisicamente, mas sim a obrigação de dizer que não e de, por algum meio ou forma, demonstrar expressamente que não quer praticar aquele ato.

Em bom rigor, não se poderá afirmar que é este o modelo mais gratificante para as vítimas, não obstante ser aquele que maior número de casos integra no seu âmbito de aplicação. De facto, numa primeira etapa será necessário que a vítima demonstre o seu dissentimento (de alguma forma) e secundariamente que o agente saiba perfeitamente que a vítima não queria praticar aquele ato.¹⁵³

Além do mais, definitivamente que não será este o modo mais fácil de ancorar o crime de violação na lei, nem que seja pelos problemas redundantes que surgem quando a questão é apurar os meios de prova que a vítima possui.

Na generalidade dos casos, o crime de violação (ou, melhor, todos os crimes sexuais) ocorre entre quatro paredes ou mesmo quando não é esse o caso, envolve somente duas pessoas: a vítima ou o agressor/agente (ou mais do que um agente, se o ato vier a ser

victim is unprotected and at the mercy of the offender. (6) In especially serious cases the punishment will be imprisonment of not less than two years. An especially serious case typically occurs if 1. the offender performs sexual intercourse with the victim or lets intercourse be performed or performs similar sexual acts with the victim that degrade the victim or makes the victim perform such acts, particularly if they entail penetration of the body (rape), or 2. the offense is committed jointly by more than one person. (7)-(8) [identical to old version, concerning weapons and other aggravating circumstances] (9) In less serious cases under subsections (1) and (2), the punishment shall be imprisonment from three months to three years, in less serious cases under subsections (4) and (5) punishment from six months to ten years, in less serious cases under subsections (7) and (8) imprisonment from one to ten years.” e em HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law on Sexual Offenses”, Humboldt-Universität zu Berlin, outubro, 2016, p.5.

¹⁵³ Para Pedro Caeiro, o tipo do crime na lei alemã acaba por ser ainda mais estreito do que o português, porque, ainda que não se exija o constrangimento, é necessário que o dissentimento da vítima seja conhecido/cognoscível pelo agente - CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma (...)”, junho de 2019, pp. 20. Então e se o agente não conseguir perceber que a vítima não queria? Voltamos ao mesmo ponto de partida – a vítima terá que demonstrar o seu dissentimento.

praticado por mais do que uma pessoa). Razão pela qual, na maioria dos casos, a obtenção de provas de que o crime ocorreu se revela algo difícil, se não mesmo impossível. Já o era no antigo sistema de coerção sexual, baseado na força física do agente, imaginemos sem uma manifestação expressa do não consentimento da vítima.

Ainda que o agente fizesse uso da sua força para obrigar a vítima à prática de determinados atos sexuais, nem sempre era possível, num exame pericial feito, *a posteriori*, à vítima, concluir que esta havia sido violada. Nem que seja pelo simples facto de muitas das vítimas não se dirigirem logo ao posto policial mais próximo e apresentar queixa do ilícito. Ou pelo facto de muitas das alegadas vítimas se injuriarem a elas próprias por forma a indiciar um antigo namorado pelo crime de violação.¹⁵⁴

Também em relação ao pressuposto da ameaça se verificava o mesmo problema: como saber se a vítima tinha estado efetivamente numa situação de vida ou morte, como apurar se lhe tinha sido apontada uma arma branca em troca de alguns favores sexuais. Não havia como saber.

O que dizer, então, do novo modelo de consentimento, mediante o qual se torna ainda mais inexecutável a obtenção de meios de prova. Muitas das vezes, não há testemunhas e mesmo quando as há é difícil concluir se a vítima disse que não ao agente e se efetivamente dissentiu na prática do ato sexual.

Ainda que seja este um crime de difícil prova (ainda mais com a aprovação do novo modelo de não consentimento), uma outra novidade trazida pela lei alemã, que não estava anteriormente consagrada no Código Penal Alemão e que não poderá ser ignorada, diz respeito aos casos em que o agente explora outra pessoa que não está em condições de formar uma vontade contrária ou de a expressar (n.º 2 do artigo 177.º, alínea 1) e os casos

¹⁵⁴ Neste sentido, o caso mais recente da modelo alemã, Gina Lisa Lohfink, que foi condenada por ter falsamente acusado dois homens de a terem violado. Em 2012, a modelo fez parte de um vídeo-filme, onde tinha relações sexuais com dois homens. Pouco tempo depois, a modelo apresentou queixa-crime, acusando-os de a ter violado. Sucede que, a Corte Alemã acabou por absolver os acusados, por se ter descoberto que a frase “não, páre” (“No, stop it”) que consta do vídeo e que foi dita pela modelo era antes direcionada ao indivíduo que se encontrava a fazer a filmagem. Uma vez pública, em junho de 2016, a condenação da modelo suscitou uma polémica incontornável na Alemanha e causou a indignação de muitos movimentos feministas. Aliás, a modelo tornou-se na cara de muitos projetos ativistas e movimentos políticos, que denominaram o caso da modelo como a prova viva de que o sistema alemão falha na proteção das vítimas, chegando, inclusive a condená-las (SILLMAN, Anna; “Why Germans are so angry with this rape case”, The Cut, 21 de junho de 2016, disponível em <https://www.thecut.com/2016/06/gina-lisa-lohfink-rape-case.html>). Terá sido um dos casos que esteve na origem da promulgação da reforma penal e da mudança para o novo modelo de não consentimento. Porém, o juiz entendeu que tudo não havia passado de falsas acusações e que a modelo tinha fingido uma violação (disponível em <https://www.bbc.com/news/world-europe-37158471>).

em que o estado físico ou mental da vítima a restringe de formar ou expressar a sua vontade, casos esses em que o agente será alvo de punição, a não ser que se tenha assegurado, de alguma forma, que aquela pessoa, afinal, aprovava o ato sexual (n.º 2 do artigo 177.º, alínea 2).

Mais uma vez, aqui se denota os grandes problemas que poderão advir da interpretação do corpo da lei. À primeira vista, os problemas mentais a que a nova versão do artigo 177.º se refere parecem remeter para doenças mentais de que a vítima possa eventualmente padecer e que sejam notórias para o agente do crime. Na prática, parece que são estes os casos que são efetivamente punidos pelos juízes dos tribunais alemães, a acrescer àqueles em que a vítima foi drogada ou intoxicada pelo agente do crime.

Porém, a lei não restringiu nem especificou que tipo de problemas mentais podem impossibilitar a vítima de exprimir a sua vontade, daí que se possa integrar nessa categoria as pessoas que sofram de ansiedade extrema, que estejam numa esfera depressiva ou outra vicissitude que não lhes permita de todo exprimir a sua vontade.

Era de esperar que a alínea n.º 1 do n.º 2 do art. 177.º abrangesse estas situações, contudo, infelizmente, não é o que se tem verificado na prática.

Nestes casos, a ideia abstrata, mas evidente, na lei alemã de que a vítima há-de resistir à prática do crime fica suspensa, atentas as circunstâncias factuais e a falta de capacidade de vítima de manifestar a sua vontade.

O único senão constante da nova versão do artigo, mais concretamente no n.º 2 - que prevê expressamente os casos em que a vítima é explorada pelo agente do crime, por não conseguir reunir as condições suficientes para formar e/ou expressar a sua vontade - passa pelo facto de nem sempre o agente vir a ser punido por este crime, por não preencher todos os requisitos do n.º 2. Por exemplo, imaginando os casos em que a vítima esteja sob o efeito de estupefacientes, mas também o agente o esteja, o requisito legal da exploração não se terá por preenchido, não sendo aplicável uma pena mais gravosa.¹⁵⁵

É aqui que a nossa opinião diverge relativamente à dos juízes alemães, que integram naquela alínea do tipo de crime (alínea n.º 2 do n.º 2 do artigo 177.º) somente as vítimas que padeçam de algum tipo de doença crónica diagnosticada. Não se poderá partir

¹⁵⁵ HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law on Sexual Offenses”, Humboldt-Universität zu Berlin, outubro, 2016, p.8.

do pressuposto de que essa alínea foi prevista apenas para abranger esse tipo de pessoas, até porque é o próprio texto da lei que estipula que o agente será punido quando explorar uma pessoa que não consiga, por motivos físicos ou mentais que a restringem, formar ou expressar a sua vontade. Ao que nos parece, quem padeça de eventuais problemas mentais não estará em condições, muitas vezes, de formar a sua vontade, por não ter condições intelectuais suficientes, daí que seja, porventura, a segunda parte da lei (“expressar”) apropriada para abranger aqueles que, capazes de formar a sua vontade idónea, por motivos que lhe são alheios e não conseguem controlar (ansiedade, depressão) não conseguem exprimir perante o agente do crime.

De facto, a alínea n.º 1 do n.º 2 do artigo 177.º acaba por remeter para essas situações, algo que entendemos que nem era preciso, tendo em conta que, se a alínea n.º 2 do n.º 2 for devidamente interpretada, por si só, já subsume essas situações, não havendo necessidade de uma repetição legal (que acreditamos ser o caso).

Foi ainda aditado um novo número ao artigo 177.º, por forma a cobrir todos os ataques-surpresa, mostrando, neste campo, uma lei que vai para além do *modus operandi* de coerção habitual de um agressor sexual e que evolui para os casos em que o *modus operandi* do agente passa, ao invés, por apanhar a vítima completamente desprevenida, deixando-a sem reação ou tempo para se defender.¹⁵⁶

A nova versão do artigo 177.º menciona a expressão “Who, against the recognizable will of another person” (quem, contra a vontade reconhecida de outra pessoa), enquanto que a Professora da Universidade Humboldt de Berlim, Tatjana Hornle, optou antes, na sua proposta de tipificação do crime em apreço, pelo uso da expressão “quem, contra a vontade declarada de outrem” (“who, against the declared will”). O certo é que o governo alemão optou pela primeira alternativa, isto porque, á primeira leitura, a expressão “reconhecida” parece integrar todo o tipo de formas e modos da vítima expressar que é contra aquele ato. Já a expressão preterida (“vontade declarada”) parece apenas suportar os casos em que a vítima expressa verbalmente o seu dissentimento, não se revelando a

¹⁵⁶ HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law on Sexual Offenses”, Humboldt-Universität zu Berlin, outubro, 2016, p.7.

melhor opção, até porque o próprio modelo de “não significa não”, pode muito bem estar relacionado com outras formas de se manifestar o dissentimento.¹⁵⁷

Há ainda uma antiga semelhança com a versão anterior da lei. Na redação atual, no número cinco do artigo 177.º do Código Penal Alemão consta que a punição do agente não será inferior a um ano se este tiver aplicado força contra a vítima. Anteriormente, a força era um elemento do tipo de crime, partindo-se do pressuposto de que existia uma ordem cronológica, isto é, a violência era usada com o escopo de se conseguir, *a final*, a prática de um determinado ato sexual. Aliás, caso o agente continuasse a ameaçar a vítima, por qualquer meio, durante a prática do ato sexual em si, tal constituiria uma agravante da moldura penal aplicável.

Mais inteligente, a nova versão prevê os casos em que tenha sido aplicada força contra a vítima, não exigindo que a mesma tenha servido como uma espécie de preliminar antes do ato, mas abrangendo, portanto, os casos em que a violência ou a força se verifiquem antes, durante ou após o ato sexual. Enquanto que, anteriormente, o propósito de consumir o ato sexual já tinha de existir por parte do agente, quando fez uso da força, com a reforma de 2016 a violência ou a força podem-se manifestar, não importando se foram usadas para a prática do ato ou não. A diferença é que se se verificarem, a pena aplicável é agravada.

Mas como nenhuma lei é perfeita, esta também não o é. Sucede que, (para além dos motivos já supra descritos), a nova versão do artigo 177.º do Código Alemão exige que a força tenha sido aplicada contra ou sobre a vítima, enquanto a versão anterior apenas exigia que a vítima tivesse sido obrigada a determinados atos de cariz sexual e que se tivesse verificado violência, força, ameaças. De facto, a redação precedente não exigia que a violência fosse sobre a vítima, poderiam ser atos implosivos, explosivos, que causassem receio na vítima.

Não menos importante é a alínea n.º 4 do n.º 2 do artigo 177.º que prevê os casos em que o agente explorou uma situação em que a vítima, caso ofereça qualquer tipo de resistência (que, neste caso, não terá de ser física; isto é, o simples dizer que não poderia contribuir para um agravamento das circunstâncias), espera que lhe seja causado um mal

¹⁵⁷ HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law on Sexual Offenses”, Humboldt-Universität zu Berlin, outubro, 2016, p.7.

maior. Na verdade, esta alínea existe para integrar os casos em que a vítima foi intimidada pelo seu agressor sexual, ainda que este não tenha feito uso de uma ameaça direta. Como é natural, a lei exige que se atendam às circunstâncias concretas de cada caso e que exista sempre o designado nexos de causalidade, sendo imperioso que o mal que a vítima receia sofrer seja causado pelo agente do crime e que não seja simplesmente uma mera consequência indireta.

A Autora Tatjana Hornle faz uma abordagem curiosa desta alínea, estando ciente de que os casos em que alguém aceita uma proposta indecente do seu superior hierárquico, para não ser despedida, não integram a conduta censurável prevista na alínea n.º 4. De acordo com a leitura pragmática que o governo alemão optou por fazer, a liberdade sexual de uma pessoa é um instrumento que pode ser utilizado, por cada um de nós, para os fins que assim se entenderem exequíveis, de entre os quais a satisfação e realização sexual ou a obtenção de uma vantagem económica/social, como é o que acontece frequentemente no mundo do trabalho. O facto de a pessoa saber que, dizendo que não àquele ato sexual, perderá o emprego resulta da sua vulnerabilidade social e do facto de estar inserida numa relação de dependência hierárquica e não é um mal causado diretamente pelo seu agressor social. Contudo, se no caso concreto, for um meio usado pelo agente para esse fim e se se verificar esse nexos de causalidade, aí o comportamento, de acordo com a nova versão legal, já será criminalizado.

Sucedem que, enquanto a alínea n.º 5 do n.º 2 do artigo 177.º prevê os casos em que o agente ameaça diretamente a vítima, a alínea n.º 4 refere-se às situações em que a vítima sabe que da simples recusa advirá um mal maior, ainda que o agente não a tenha ameaçado diretamente. É natural que neste campo surjam algumas dúvidas, sendo imprevisível para a vítima, muitas das vezes, as represálias que pode vir a sofrer em virtude do seu dissentimento.¹⁵⁸

Os casos de especial gravidade mantêm-se: quando o ato for praticado por mais do que uma pessoa e caso exista penetração sexual. Porém, existe uma outra inovação: enquanto que, anteriormente, a lei exigia que a vítima tivesse estabelecido contato sexual

¹⁵⁸ Tatjana Hornle ressalta os casos em que já existe um passado de violência entre a vítima e o agente (imaginemos uma menor que já vinha sendo abusada pelo seu padrasto, desde criança e que assim continuou na sua vida adulta). As ameaças podem ter sido evidentes no passado e manterem-se no futuro, ainda que indiretamente - HÖRNLE, Tatjana; "The New German Law on Sexual Offenses", Humboldt-Universität zu Berlin, outubro, 2016, p.8.

com o agressor/agente do crime, a nova lei prevê os casos em que a vítima tenha estabelecido esse contacto consigo mesma, sobre ordens do agente, significando, portanto, que estão agora incluídas as formas de penetração por via de objetos, por exemplo, no corpo da vítima, por ela própria, contra a sua vontade.¹⁵⁹

Poder-se-á concluir que, não obstante as vantagens (que as há) oferecidas pela reforma alemã, concretamente o prever casos dúbios como as vítimas intoxicadas, incapazes de resistir, assemelhando-os ao do dissentimento efectivo e fazendo, neste campo, um presunção de dissentimento, o maior perigo que, com ela, se enfrenta é o facto de qualquer ato sexual que seja praticado “após um não” ou um ato em que a vítima não concorde a cem por cento com a sua prática, poder preencher o tipo de crime, o que se revela, digamos, assustador.¹⁶⁰

6. A lei portuguesa no passado e a lei portuguesa no futuro – diferenças e semelhanças

Em 2011 foi promulgada a Convenção de Istambul, a qual optou por estabelecer que uma mera situação de não consentimento por parte da vítima do crime, *per se*, preenche o tipo de crime de violação sexual.

Por forma a incluir na panóplia legislativa as situações em que se verifica o dissentimento ou o consentimento constrangido, ainda que sem recurso à violência ou ameaça grave¹⁶¹ e bem ainda aderir ao texto da Convenção, o Código Penal português aditou um número 2 ao artigo 164.º, no qual prevê esse conjunto de casos, não obstante lhes ter atribuído uma moldura penal bem mais leve **comparativamente às situações em que se verifique algum tipo de ameaça ou violência por parte do agente do crime.**

Em 2015, foram muitos os projetos de lei que visavam essencialmente alterar a matéria de crimes sexuais e a forma como a mesma estava regulada na lei penal. A grande maioria tinha como ponto de referência a dita Convenção de Istambul e logravam

¹⁵⁹ There is one small change in the definition of rape: while the old law required that the victim had physical contact with another person, the new law also applies if the victim performs a degrading sexual act on his own (this could, but must not, include penetration of his own body with an object) - HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law on Sexual Offenses”, Humboldt-Universität zu Berlin, outubro, 2016, p.9.

¹⁶⁰ CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma (...)”, junho de 2019, pp. 24.

¹⁶¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da; “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir” (...) fevereiro de 2016, pp.162.

sobretudo que a lei penal, neste assunto de particular importância, fosse um espelho daquela.¹⁶²

Aquando da última revisão do C.P., a questão do dissentimento da vítima já vinha sendo discutida. O Bloco de Esquerda, com o Projeto 664/XII/4.^a pretendia que tal crime, conjuntamente com o de coação sexual, fosse alterado no sentido de se bastar com a falta de consentimento da vítima¹⁶³ (modelo do consentimento) e que não se abandonasse aqueles meios de constrangimento típicos, concretamente a ameaça grave e violência, mas que fossem esses meras agravantes da moldura penal.

Tinha aquele partido uma leitura da lei penal anterior bastante marcada. Entendiam que a lei dava a entender que o crime violação era maioritariamente cometido por estranhos e que ainda impunha o tal ónus de resistência sobre a vítima, como se a mesma tivesse a obrigação de resistir à prática do ato.¹⁶⁴

No Projeto do B.E. era possível ler-se: *“É no não consentimento que radica a violência do ato e a natureza do crime. Neste sentido, a existência de violência ou ameaça grave não devem ser meios típicos de constrangimento, mas circunstâncias agravantes da pena. Com efeito, a exigência de um processo cumulativo de violência (o agressor que só o é quando exerce violência, a vítima que só o é quando dá provas de lhe resistir, preferencialmente com violência) destitui o cerne da sua natureza: um ato sexual não consentido é, de per si, um ato de violência.”*

Esgrimia aquele partido que se um ato for praticado contra a vontade de alguém já é por si um ato de violência e que os demais meios de colocar o ato sexual em prática apenas poderiam ser entendidos como circunstancialismos agravantes, isto é, existe crime de violação quando o ato for praticado sem o consentimento da contraparte e caso se

¹⁶² O Bloco de Esquerda, juntamente com o CDS-PP e com o PSD, cada um individualmente procurou com os seus Projetos-Lei individualizar o crime de mutilação genital; também a incriminação do crime de perseguição não foi esquecida; o crime de mutilação genital foi criado – artigo 144.º-A do C.P., contudo, não foi aprovado o projeto do Bloco de Esquerda (o 544/XII/3.^a), o qual veio mais tarde a caducar - CAEIRO, Pedro; FIGUEIREDO, José Miguel; *“Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau”*, pp. 165.

¹⁶³ CAEIRO, Pedro; FIGUEIREDO, José Miguel; *“Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau”*, pp. 165.

¹⁶⁴ “Neste quadro, sublinha-se a débil neutralidade da nossa lei penal que interioriza a noção instalada de ser o violador um estranho (...)” - PROJETO DE LEI N.º 664/XII/4.^a, Bloco de Esquerda - <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a4c33526c6548527663793977616d77324e6a517457456c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl664-XII.doc&Inline=true>

verifique algum outro meio de constrangimento, concretamente violência, ameaça, coação, tudo isso acarreta um agravamento da moldura penal, mas não deve ser um pressuposto necessário para a consumação do crime.

Ainda na mesma linha, aquele Projeto pugnava pela eliminação do n.º 2 do artigo 164.º, o qual afirmou que só estabelecia “equivocos”, apresentando-se, desse modo, como uma verdadeira cópia do preceituado no artigo 36.º da Convenção de Istambul, aquela que certamente lhe serviu de inspiração.¹⁶⁵ A Esquerda acreditava que o crime violação não era praticado somente por estranhos – e as estatísticas comprovavam exatamente isso – razão pela qual o n.º 2 do artigo (com a redação que lhe foi dada pela Lei 59/2007) deveria ser abolido.¹⁶⁶

Outra inovação daquele projeto passava pela dispensa do requisito da falta de consentimento, quando se tratasse de um menor de 16 anos que tivesse sido violado.

No mesmo ano, com o Projeto ° 665/XII/4.^{a167}, o mesmo Partido defendia que era tempo de se pôr fim ao “silêncio ensurdecedor” das vítimas de crimes sexuais e que a melhor forma de o conseguir era alterar a natureza do crime de violação para um crime público.¹⁶⁸

Era aquele projeto seguidor assíduo das ideologias de Clara Sottomayor, que considera que a “natureza particular do crime, fazendo a intervenção do Estado depender

¹⁶⁵ Para este partido, a “violação é, afinal, uma manifestação de violência sexual” – não poderia concordar mais com esta afirmação (PROJETO DE LEI N.º 664/XII/4.^a, Bloco de Esquerda).

¹⁶⁶ «Segundo dados do relatório de segurança interna, citados no projeto de lei, em 2012 foram apresentadas 375 queixas às forças de segurança por violação, 25% das quais foram contra membros da família, 34% contra conhecidos das vítimas e 24% contra estranhos, dados que contribuem para “desfazer a falsa ideia que o crime é cometido por estranhos”.» - “Violação passa a ser um crime público em Portugal”, publicado por Isaltina Padrão, in Diário de Notícias, 07 de março de 2014 – disponível em <https://www.dn.pt/politica/interior/violaca-o-passa-a-ser-um-crime-publico-em-portugal-3724832.html>

¹⁶⁷ Apoiado pela Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (A.P.A.V.), pela Associação Portuguesa de Mulheres Juristas e, ainda, pela União de Mulheres Alternativa e Resposta (U.M.A.R.).

¹⁶⁸ “(...) silêncio ensurdecedor” que continua a “normalizar” os crimes sexuais, quando os dados sobre os mesmos, apresentados no Relatório Anual de Segurança Interna, só podem contribuir para este alerta social.” - PROJETO DE LEI N.º 665/XII/4.^a – disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a4c33526c6548527663793977616d77324e6a557457456c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl665-XII.doc&Inline=true>

de queixa da vítima, perpetua o sistema do silêncio e permite a continuação da violência sexual contra as mulheres e a sua impunidade.”¹⁶⁹

Ainda que tal proposta legislativa não seja totalmente desconforme com a opinião que temos sobre o crime violação e sobre o modo como se encontra preceituado (isto porque, acreditamos que a essência deste ilícito é o facto do ato sexual ter sido praticado sem o consentimento de uma das partes), há que salientar que os dois Projetos-Lei apresentados pelo Bloco de Esquerda eram maioritariamente apoiados por movimentos e associações feministas, o que não deixa de revelar que as grandes ativistas para a alteração legislativa eram (e ainda são) essencialmente mulheres.

Não obstante ser este um crime que hoje também tem muitas vítimas do sexo masculino e estar já ultrapassada a ideia conservadora e ilógica que apenas as mulheres eram violadas, a realidade, em parte, ainda se mantém: são as mulheres que maioritariamente são vítimas do crime violação ou, pelo menos, as que maioritariamente pugnam e esgrimem assiduamente pela sua incriminação/punição. Uma realidade infeliz, que nos leva a crer que o tal “silêncio ensurdecedor” continua a encher os ouvidos das vítimas do sexo masculino, que ficam no vácuo, impedidas, somente pela vergonha, de aparecer publicamente e de se fazer ouvir.

A Lei 59/2007, de 4 de setembro alterou a redação do artigo 164.º, tendo sido com ela que se ouviu falar, pela última vez, da pena aplicada aos que abusassem da autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela ou de dependência hierárquica para praticar este tipo de crime. Foi em 2015 que a redação do artigo sofreu uma mudança mais significativa, em parte impulsionada pelos fortes movimentos feministas e partidários, seguidores dos princípios ideológicos da Convenção de Istambul.

Em 3 de julho de 2015, foi publicada no Diário da República a trigésima nona alteração ao Código Penal, “autonomizando o crime de mutilação genital

¹⁶⁹ SOTTOMAYOR, Clara; “A convenção de istambul e o novo paradigma da violência de género; Istanbul Convention and the new paradigm of gender violence”, Dossier: Violências de Género e Direito(s): Diálogos Feministas; Centro de Estudos e Investigação em Direito da Universidade Católica Portuguesa n.º31 Lisboa, junho 2015, disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100009

feminina, criando os crimes de perseguição e casamento forçado e alterando os crimes de violação, coação sexual e importunação sexual, em cumprimento do disposto na Convenção de Istambul.”¹⁷⁰

Cerca de um mês antes, reuniram-se todos os grupos e líderes parlamentares, a fim de se discutir todos os projetos lei apresentados e a aplicabilidade prática de cada um deles. Dessa discussão, resultou um texto único que acabou por aglomerar algumas das iniciativas propostas pelos vários partidos políticos, o chamado texto de substituição, que procedeu à alteração ao Código Penal¹⁷¹ naquele ano.

Não obstante a alteração legislativa ter incidido sobre alguns crimes sexuais, aquele que merece a nossa atenção é que será aqui objeto de reflexão. Foi com a revisão de 2015 que o artigo 164.º sofreu uma alteração tremenda no seu número 2, abolindo-se de vez os casos anteriormente previstos de abuso de autoridade, para passar a constar a redação que ainda hoje se mantém: os casos em que o crime de violação seja praticado, sem recurso aos meios de constrangimento tipicamente previstos no número 1.

Ora, as propostas revolucionárias do B.E. não vingaram (na íntegra). Há que salientar o lado positivo e negativo desta alteração: se, por um lado, a natureza do tipo de crime foi alterada, passando a ser um crime semipúblico, ao invés de particular e o número dois do artigo 164.º viu a sua anterior redação abolida completamente, por outro lado, o número 1 manteve-se intacto e o n.º 2 passou a conter agora um tipo de violação menos grave, em que supostamente a vítima não foi constrangida, por meio de ameaça ou violência graves.

Pode-se afirmar que o artigo 164.º passou a ter uma redação mais feliz, abrangendo agora um maior número de casos. Porém, aquilo que se lograva essencialmente modificar, não aconteceu, na íntegra, uma vez que a ideia basilar de que o crime violação será uma ofensa mais grave à liberdade sexual da vítima quando esta for constrangida, através de força, violência, ameaças graves por parte do agente, essa ideia manteve-se intacta.

¹⁷⁰ XII Legislatura, 4.ª sessão legislativa (2014-2015), II Série-A, n.º 162, Diário da Assembleia da República, Sexta Feira, 3 de julho de 2015 (<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/12/04/170/2015-07-15?sft=true>)

¹⁷¹ CAEIRO, Pedro; FIGUEIREDO, José Miguel; *“Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau”*, pp. 165.

Somente se esses meios de constrangimento típicos não se verificarem, é que ainda é possível que o agente seja efetivamente punido também pela prática do crime violação. A grande diferença reside na pena aplicável ao autor do crime nestas situações, bastante mais leve da que é prevista para os casos de violência ou ameaça grave.

Assim, conclui-se que o principal objetivo dos projetos-lei do Bloco de Esquerda não foi concretizado – ao invés da violência e da ameaça grave passarem a ser circunstâncias agravantes da pena aplicável ao agente (devendo, desse modo, estar previstas num eventual n.º 2 do artigo), mantiveram-se como que um pressuposto base para a consumação deste tipo de crime e, secundariamente, o crime violação sem consentimento passou a estar tipificado, mas previsto no n.º 2.

Até ao ano de 2019, não se verificou mais nenhuma alteração ao artigo 164.º do C.P.¹⁷², no entanto, desde 2018 que a proposta de uma alteração tem suscitado grandes controvérsias e divergências entre partidos políticos e o público em geral.

Foi em 2018 que o Partido pelos Animais e pela Natureza (P.A.N.)¹⁷³ se juntou ao B.E. e, desde então, ambos reúnem esforços para que a Convenção de Istambul seja transposta para a lei portuguesa, de forma integral, por forma a que seja considerado violação um ato sexual sem consentimento.¹⁷⁴

Os fundamentos atuais do Bloco de Esquerda são muito semelhantes aos que já vinham indiciados em 2014/2015.¹⁷⁵ Remetem novamente para o facto de as vítimas deste tipo de crime serem essencialmente mulheres e alertam para as situações em que este crime

¹⁷² Até porque como nos diz (e bem) o Professor Pedro Caeiro, “a lei não pode ser pensada para resolver este ou aquele caso” - CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma (...)”, junho de 2019, pp. 5.

¹⁷³ Anteriormente denominado por Partido pelos Animais (P.P.A.), em 2010 alterou o seu nome para Partido pelos Animais e pela Natureza (P.A.N.)

¹⁷⁴ O P.A.N. acredita que a legislação nacional se encontra “desajustada em matéria de crimes sexuais”, sendo necessário que o crime violação deixe de assentar “na existência de violência para se centrar na não existência de consentimento”. – disponível em <https://observador.pt/2019/01/10/parlamento-discute-esta-quinta-feira-propostas-do-be-e-pan-sobre-crime-de-violacao/>

¹⁷⁵ De facto, aquilo que mais é criticado e que é transversal a todos os recentes Projetos-lei é o facto de manterem os fundamentos e se basearem em pressupostos que já anteriormente tinham sido invocados. O senão destas propostas legislativas é não se basearem verdadeiramente num aumento da criminalidade que pressuponha uma mudança da lei mas sim na ideologia precedente de se aderir, na íntegra, à Convenção de Istambul – “(...) não se apresentam dados empíricos fiáveis que permitam concluir pela existência de um aumento real dos crimes sexuais e de violência doméstica (...) os projectos de lei não identificam estudos que corroborem a capacidade dos mecanismos propostos.” - CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma (...)”; junho de 2019, pp. 4-5.

não é praticado por estranhos.¹⁷⁶ Lutam, ainda, pela alteração da natureza do crime, para que passe a ser considerado um crime público e criticam a cultura judicial, que, de algum modo, culpabiliza as vítimas, na sua maioria mulheres, “sedutoras, provocadoras” e que instigam ao crime e os homens, agentes do crime, que são desresponsabilizados da prática do mesmo.¹⁷⁷

O novo Projeto-Lei do Bloco de Esquerda propõe apenas dois números no artigo 164.º do C.P.:

“1 - Quem constranger outra pessoa, nomeadamente: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de cinco a dez anos. 2 - A tentativa é punível.”

Ora, salienta-se, desde logo, o agravamento da moldura penal proposta pelo B.E., para cinco a dez anos, enquanto que, na versão atual do artigo a moldura varia entre um a seis anos.

Prevê, ainda, uma alteração ao artigo 177.º do Código (Agravação), nele incluindo as penas do crime violação, que seriam agravadas caso a conduta do agente fosse praticada com “especial violência”; se o ato fosse praticado contra alguém incapaz, em razão da idade, doença ou outro tipo de incapacidade; se a vítima fosse ascendente, descendente, entre outros (relações de parentesco); ou ainda, caso o agente se tivesse aproveitado das suas funções de tutela, curatela, autoridade (integrando-se aqui o designado abuso de autoridade); se for praticado na presença de um menor; se for cometido por mais do que uma só pessoa, entre outros circunstancialismos.¹⁷⁸

¹⁷⁶ “Em todo o tipo de violência (...) os maridos ou companheiros(as) das mulheres são os maiores ofensores (41.7%), a que se seguem os desconhecidos (13.6 %).” – LEITE, André Lamas; “A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o direito penal e a criminologia”, Revista Julgar, n.º 12 (especial), 2010, pp. 38.

¹⁷⁷ «(...) a realidade mostra que a desculpabilização dos agressores por via da responsabilização das vítimas se mantém atual na cultura judicial. Prova disso são as várias sentenças que têm vindo a público e que continuam a sustentar a ideia das vítimas - na esmagadora maioria mulheres - como as instigadoras, provocadoras, sedutoras, que “se puseram a jeito” e que “estavam a pedi-las”.» - PROJETO DE LEI N.º 1058/XIII/4.ª, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43243>

¹⁷⁸ A Associação Portuguesa de Mulheres Juristas discorda da utilização da expressão “especial violência”, considerado que se trata de um conceito muito vago, que pode deixar margens para diferentes interpretações. Parecer A.P.M.J. – Lisboa, 27 de maio de 2019 – disponível em <https://www.apmj.pt/14-noticias/536-crime-de-violacao>

No fundo, é fácil compreender o motivo que está na base desta mudança que tanto o B.E. como o P.A.N. querem ver no artigo 164.º: pretende-se que o mesmo esteja em conformidade e em consonância com a Convenção de Istambul e que a natureza do crime não resida na violência do agente, mas sim na falta de consentimento da vítima.¹⁷⁹ Mais, que essa falta de consentimento (sem recurso a violência ou ameaça grave) esteja prevista, mas não como uma forma secundária e menos grave de punir os agentes do crime.¹⁸⁰

O P.A.N., descontente com a versão atual do artigo 164.º do C.P., defende que se passe a considerar violação qualquer ato sexual praticado sem o consentimento de outrem, que assente “na cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos”.¹⁸¹

Além disso, este partido pretende que os crimes previstos nos artigos 165.º e 166.º do C.P., relativos ao abuso sexual de pessoas sem capacidade de resistência sejam incluídos nos crimes de coação sexual e violação, como meras agravantes.

Na sua proposta, o P.A.N. procedeu a uma análise curiosa de alguma jurisprudência portuguesa, servindo-se de alguns casos reais em que o tribunal, mais uma vez, impôs sobre as vítimas o ónus de resistência, chegando a desresponsabilizar o autor do crime pelo facto de a vítima não ter gritado ou não ter resistido veementemente.¹⁸²

¹⁷⁹ No mesmo sentido, a APMJ perfilha que “(...) a realização do elemento típico objetivo dos crimes de violação (...) se materializa apenas e tão só na ausência do consentimento da vítima a sofrer um ato sexual não desejado.” – Parecer A.P.M.J. – Lisboa, 27 de maio de 2019.

¹⁸⁰ A bloquista Sandra Cunha retira da lei portuguesa uma interpretação muito simples: que, para que haja crime violação, é necessário maioritariamente que o crime tenha sido praticado com recurso à violência ou ameaça. Daí que considere ser importante reconhecer no C.P. que o ato sexual não consentido já é por si uma situação violenta. Já o deputado do PAN, André Silva pretende que o crime violação tenha por base a falta de consentimento e não a existência de violência. - «"Sexo sem consentimento é violação." PAN e BE pedem alteração à lei», João Alexandre, 10 janeiro 2019, disponível em TSF Rádio Notícias, www.tsf.pt

¹⁸¹ Projeto-Lei n.º 1047/XIII/4.^a – PAN – <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43200> este Projeto afirma que “Portugal faz parte do lote de países em que a definição do crime de violação assenta na violência, ameaça e coerção e não na falta de consentimento.”

¹⁸² Salientamos um dos casos mais chocantes, referido pelo PAN no seu Projeto-Lei 1047/XIII/4.^a – em 2007, o T.R. do Porto considerou que a vítima, pelo facto de ter anotado a matrícula da viatura automóvel do violador, não ficou abalada psicologicamente, concluindo, desse modo, que o sofrimento emocional não se verificara e que, relativamente ao sofrimento ou dor física, que essa pode ter sido sentida pela vítima mas que não era essa a intenção do autor do crime. – “Deve ainda dizer-se que o facto de a ofendida, antes de abandonar o lugar onde ficou livre do arguido, ter anotado a matrícula do automóvel daquele, pela presença de espírito que revela, é pouco compatível com um grande abalo psicológico.” Em Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de julho de 2007 – disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/dafb21957eb341df8025739400521590?OpenDocument>

Da mesma forma que o B.E., o P.A.N. pugna por uma alteração da natureza do crime violação, acreditando que o facto de ainda ser considerado semipúblico nos dias de hoje apenas demonstra a desconsideração que Portugal tem para com a realidade.

Assim, de acordo com a proposta do P.A.N., o artigo 164.º do C.P. passaria a ter a seguinte redação:

“1- Quem sem o consentimento de outra pessoa: a) praticar com ela ou levá-la a praticar com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) proceder à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão de seis a doze anos.

2- Se os factos compreendidos no número anterior forem praticados por quem, aproveitando-se das funções ou do lugar que, a qualquer título, exerce ou detém em: a) Estabelecimento onde se executem reacções criminais privativas da liberdade; b) Hospital, hospício, asilo, clínica de convalescença ou de saúde, ou outro estabelecimento destinado a assistência ou tratamento; ou c) Estabelecimento de educação ou correcção; o agente é punido com pena de prisão de seis a catorze anos;

3- Se os factos compreendidos nos números anteriores: a) tiverem sido precedidos ou acompanhados de violência de considerável gravidade; ou b) tiverem sido praticados em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade; ou c) tiverem resultado em danos físicos ou psíquicos graves para a vítima; ou 18 d) tiverem resultado no suicídio ou morte da vítima; o agente é punido com pena de prisão de seis a dezasseis anos.”.

Já o artigo 177.º passaria a reunir, de acordo com o Projeto do P.A.N., todas as circunstâncias que possam representar uma agravante ao crime violação.

Comparada esta redação com aquela que é proposta pelo B.E., constata-se que a moldura penal é bem mais grave do que a anterior, que os crimes de abuso sexual contra pessoas sem capacidade de resistência ou que estejam internadas passam a ser abrangidos pelo artigo 164.º e que a violência e ameaça constituem meras circunstâncias agravantes, deixando de estar previstas no primeiro número do preceito.¹⁸³ Mais importante ainda, com

¹⁸³ A APMJ, totalmente adepta da consagração do crime violação como crime público, acredita ser necessário, por forma a evitar que o “domínio terrorista do homem sobre a mulher”, que o Estado assuma o ius puniendi e “não remeta para a esfera da liberdade individual a decisão da (...) prossecução penal” deste crime. No que concerne aos limites das molduras penais apresentadas pelo PAN, a APMJ manifestou no seu

esta nova proposta, o teor do artigo 164.º sofre uma mudança abrupta, passando a conter a expressão “sem consentimento” e abolindo a anterior concepção de “com constrangimento”.

O Grupo Parlamentar do Partido Socialista apresenta uma outra forma de preceituar o ilícito, incluindo na sua redação a expressão “sem consentimento”, acreditando ser esta a melhor forma de proteger as vítimas. No Projeto Lei N.º 1155/XIII/4.^a, pode-se ler o seguinte: “1. *Quem, sem o seu consentimento, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos; 6 é punido com pena de prisão de um a seis anos. 2 - As condutas previstas no número anterior praticadas por meio de violência ou ameaça grave são punidas com pena de prisão de três a dez anos.*”.¹⁸⁴

A proposta Socialista revela-se menos radical que as anteriores, do B.E. e do P.A.N., mantendo os limites mínimos e máximos da moldura penal atualmente prevista no 164.º, tanto para os casos em que alguém seja violado sem recurso à violência ou à ameaça, como para as restantes situações, consideradas na generalidade, mais graves.

A grande mudança, carreada pelos socialistas, é a aposição da expressão “sem consentimento”, em simultâneo com a expressão “constranger”, o que, na prática, poderá levantar alguns problemas.¹⁸⁵

Como nos diz Pedro Caeiro, sem consentimento e constrangimento são expressões por si só “excludentes”¹⁸⁶, isto porque, caso se verifique o constrangimento, significará, por sua vez, que não houve consentimento da contraparte. Do nosso ponto de vista, o dissentimento (não consentimento expresso) remete para todas as situações em que alguém não concorda com a prática de um determinado ato e o demonstra, de alguma forma. Por seu turno, o constrangimento remete para todos os casos em que alguém se viu forçado a

parecer total concordância com esse agravamento. - Parecer A.P.M.J. – Lisboa, 27 de maio de 2019 – disponível em <https://www.apmj.pt/14-noticias/536-crime-de-violacao>

¹⁸⁴ Projeto-Lei N.º 1155/XIII/4.^a – disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=43523>

¹⁸⁵ A “exigência cumulativa de constrangimento e da falta de consentimento (...) é redundante” - CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma (...)”, junho 2019, pp. 12.

¹⁸⁶ CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma (...)”, junho 2019, pp. 12.

praticar um qualquer ato, neste caso, de cariz sexual. Se foi constrangida e não consente, há que o demonstrar.¹⁸⁷

Quando se questiona sobre a razão de ser de existirem tantas propostas de alteração legislativa deste tipo de crime, a resposta surge facilmente: a ideia de revisão do crime de violação (assim como o de coação sexual) decorre das informações e dos conselhos que têm sido partilhados pelo GREVIO – Grupo de Especialistas em Ação contra a Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica.¹⁸⁸ Criado em 2015, pelo Conselho da Europa, com o escopo de averiguar se os países ratificantes da Convenção de Istambul aderiram ou não aos princípios nela consagrados e se os aplicam na prática.

Ainda que este Grupo considere que a palavra “constrangimento” utilizada pelo legislador português na lei penal não seja o suficiente, não se poderá, desde já, concluir que Portugal não adere ou não adota a Convenção de Istambul, até porque a verdade é que o faz, tendo em conta que a ideia base do diploma europeu está igualmente consagrada no nosso artigo 164.º, n.º 2.

Também o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, do ano passado, contribuiu e muito para que se passasse a crer que a solução para a proteção das vítimas passe efetivamente por uma mudança legislativa.

O Partido Comunista Português – P.C.P.- considera que os aumentos de pena que são sugeridos pelo B.E. e pelo P.A.N. são desproporcionais e discorda, em absoluto, com a alteração da natureza do crime para público.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Para Vera Raposo, a “fórmula verbal constranger, significa ela que o legislador se reporta ao tipo legal de coação (...) embora aqui encontremos uma sua expressão especializada, porquanto supõe uma relação meio/fim entre a coação e o acto sexual de relevo. O que não significa propriamente uma correlação temporal, mas sim intencional.” - RAPOSO, Vera Lúcia; “Da moralidade à Liberdade: o Bem jurídico tutelado na criminalidade Sexual” (...) pp. 941-942.

¹⁸⁸ “GREVIO notes, however, that these legislative changes did not definitively do away with the requirement of the use of force since in paragraphs 2 of Articles 163 and 164 of the PCC, the offensive conduct is qualified by the use of the verb “constrain”. GREVIO considers that such a wording is not sufficient to definitively break away from the longstanding practice of Portuguese courts to require proof of the victim’s resistance in order to sentence the perpetrator.” Considera o GREVIO que a palavra constrangimento não é o suficiente. – Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence – “Baseline Evaluation Report Portugal”, Istanbul Convention (disponível em <https://rm.coe.int/grevio-reprt-on-portugal/168091f16f>), pp. 49.

¹⁸⁹ <https://observador.pt/2019/01/10/projetos-do-pan-e-be-sobre-crime-de-violacao-criticados-ps-disponi-vel-para-trabalho-serio/>

Já o Partido Social Democrata não se revela predisposto a aceitar integralmente alguma das alterações propugnadas pelos restantes partidos políticos, de esquerda, crendo que alterações tão significativas carecem de uma reflexão e de maior ponderação.¹⁹⁰

À data de hoje, ainda não existe nenhuma proposta de lei aprovada nem foi publicada nenhuma alteração ao artigo 164.º do C.P. Este mantém, ainda, a sua redação intacta.

6.1. Da natureza do crime de violação

No que concerne à natureza do crime, não poderíamos concordar com as alterações legislativas apresentadas, por se entender que é este um crime que logra proteger a liberdade sexual de cada um. Liberdade essa, que a cada um diz respeito. A passagem deste crime para público traria consequências danosas para as vítimas, que se veriam ainda mais expostas e envergonhadas.¹⁹¹

Acreditamos não ser possível, para justificar esta alteração de natureza, recorrer á recente passagem do crime de violência doméstica para crime público, porque estamos cientes de que o crime de violação não só é mais denso e complexo (nem que seja pelo impacto de carácter permanente que tem na vítima) como ele próprio, na maioria das vezes, abrange também o conceito de violência doméstica (ou só de violência, conforme o n.º 1 do artigo). Razão pela qual estamos perante dois ilícitos de magnitude e impactos diversos, que exigem tramitações processuais e maneiras de encarar o crime distintas e autónomas.¹⁹²

¹⁹⁰ Para a deputada Carla Rodrigues, se o crime violação passar a ser um crime público, tal poderá em parte contribuir para uma diminuição das estatísticas relativamente aos crimes que colidam com a liberdade sexual, mas em simultâneo estar-se-á a interferir com a liberdade de cada um, podendo as consequências ser danosas e bem mais perigosas do que as já se fazem sentir, enquanto o crime é semipúblico. - <http://www.terranova.pt/noticia/politica/psd-carla-rodrigues-defende-maior-consideracao-e-reflexao-na-analise-aos-crimes-de>

¹⁹¹ Apesar de se acreditar que as estatísticas deste crime reduziriam de modo significativo, caso a violação passasse a ser um crime público, o que dizer de todas as vítimas masculinas que, raras as vezes apresentam queixas, por se sentirem envergonhadas e de algum modo humilhadas. Seria uma exposição tremenda que colidiria com outros direitos individuais, como o próprio direito da liberdade sexual e o direito à privacidade, à intimidade de cada um de nós. Há que referir, também, todas as crianças nascidas de mulheres que foram vítimas de uma violação, que nunca apresentaram queixa e que veriam agora os seus filhos expostos a tamanha crueldade.

¹⁹² “A lei portuguesa encontrou um equilíbrio razoável entre o respeito pela decisão da vítima (...) e o controle por parte do Estado” - CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma (...)”, junho 2019, pp. 40.

6.2. Do modelo do consentimento e do modelo do dissentimento

Faço minhas as palavras de Pedro Caeiro: “Uma construção assente no dissentimento negará o crime sexual, ao passo que outra baseada no consentimento o afirmará”.¹⁹³ Não poderíamos estar mais de acordo. De facto, os mais recentes Projetos-Lei têm-se focado essencialmente no consentimento da vítima. Contudo, esquecem-se ou optam por ignorar os problemas práticos que um modelo desse tipo acarreta.

Se o modelo do consentimento (que parte do pressuposto que bastará que a vítima não consinta na prática do ato) for eventualmente aceite e chegar a ser redigido legalmente, significa isso que estaremos perante um crime de violação quando a vítima não tenha consentido positiva e/ou expressamente aquele ato (“only yes means yes”)¹⁹⁴. Ainda que isso nos remeta para casos muito específicos em que a alegada vítima estava meramente indecisa, por exemplo, ou não consentia totalmente na prática do ato.¹⁹⁵

O artigo 164.º do C.P., na sua redação atual, assenta no modelo do constrangimento, mais concretamente no facto de a vítima ter de demonstrar, de alguma forma, que não consentiu na prática daquele ato (seja por meios físicos ou verbais) e que ficou constrangida. É esta uma ideia que faz sentido, até porque cabe aos tribunais e bem assim ao público analisar cada caso concreto e apurar se a tipicidade do ilícito foi ou não preenchida (atenta a conduta do agente e o dissentimento da vítima).

Por outras palavras, o nosso modelo atual pressupõe que, para haver preenchimento do crime, é necessário que a vítima dissinta na prática do ato sexual, que manifeste o seu dissentimento, enquanto que o modelo que é agora adiantado pelos Projetos-lei parte do pressuposto que bastará que a vítima não tenha consentido na prática do ato (o que fará possivelmente com que muitas condutas, não dolosas, se vejam incluídas no artigo 164.º).

¹⁹³ CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma (...)”, junho 2019, pp. 16.

¹⁹⁴ CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma (...)”, junho 2019, pp. 27.

¹⁹⁵ Pegamos no exemplo de Pedro Caeiro, que nos adverte para casos como quando a pessoa X se apercebe que a pessoa Y está indecisa relativamente à prática de um determinado ato sexual e mesmo assim opta por avançar e “tentar a sua sorte”, ainda que predisposto a parar, se a pessoa Y assim o entender - algo que, de acordo com o modelo do consentimento proposto, será considerado crime - CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma (...)”, junho 2019, pp. 17. Veja-se, ainda, o exemplo de Tatjana Hornle, em que alguém aceita uma proposta indecente do seu superior hierárquico, para não ser despedida - ¹⁹⁵ HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law on Sexual Offenses”, Humboldt-Universität zu Berlin, outubro, 2016, p.7.

No fundo, o modelo do consentimento que é proposto pelos mais recentes projectos não exige que a vítima manifeste negativamente a sua falta de vontade ou concordância naquele ato, bastando que não tenha dado a sua anuência (que não tenha dito que sim). No entanto, antes de duas pessoas iniciarem relações sexuais, não têm por hábito afirmar “sim, consinto”. Já o nosso modelo atual exige, ainda que indiretamente, que a vítima não tenha consentido no ato e que, de algum modo, o tenha demonstrado ao agente, que, ainda assim, sabendo disso, perpetuou o crime.

Melhor concretizando, o modelo proposto atualmente aloca-se na ideia de que basta que a vítima não consinta na prática do ato, porém, meras indecisões de um dos membros de um casal ou dúvidas sobre a prática do ato podem induzir em erro e fazer crer que, se a contraparte insistir na prática do ato, está a preencher este tipo de crime. Não acreditamos que seja assim (ou que o deva ser), até porque é necessário que fique claro que a vítima dissente na prática do ato sexual, não bastando que o não consinta, pois o simples não consentir (não expresso) pode remeter para inúmeras condutas que não devem ser objeto de punição e não permitem apurar se o agente sabia ou não que a vítima não queria praticar o ato.

O incluir na nossa lei a “prestação de um consentimento positivo”¹⁹⁶, significa, nas palavras de Pedro Caeiro, transformar este crime num crime de perigo abstrato e ignorar o dever que todos nós temos de proteger os nossos próprios interesses e de delimitar a nossa própria esfera de proteção/defesa. Os limites da liberdade sexual de cada indivíduo assumem contornos distintos, de pessoa para pessoa e não se poderá alocar na lei portuguesa a expressão “sem consentimento”, com base numa mera presunção de que o homem médio, colocado naquela posição concreta, não daria o seu consentimento.

É pertinente que a lei reúna e imponha determinados fatores que delimitam o preenchimento do tipo de crime, não se podendo associar às expectativas do povo nem se sustentar em meras presunções. Daí que seja normal que a lei exija o tal dissentimento (consentimento negativo) da vítima e não que parta da ideia de que “apenas sim significa sim”, o que, na realidade, nem sempre será assim.

Creemos, no entanto, que ficam fora do âmbito de proteção do artigo 164.º alguns casos específicos em que a manifestação do dissentimento não se revela possível.

¹⁹⁶ CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma (...)”, junho 2019, pp. 46.

Referimo-nos, aqui, a casos em que a vítima fica paralisada, chocada, incrédula e por esses motivos ou outros que lhe são alheios não consegue expressar a sua falta de consentimento, de nenhuma forma. Nestes casos, a lei deveria ser mais rigorosa e prever expressamente uma salvaguarda para o titular do bem jurídico posto em causa.¹⁹⁷

No demais, percebe-se, tendo em conta as provas que têm de se verificar para sustentar a punição do agente pelo preenchimento do tipo, que a nossa lei (ou melhor, os tribunais portugueses) exija que a vítima manifeste o seu dissentimento, de alguma forma. É uma ideia que faz sentido e que não vemos necessidade em ser alterada. O que não toleramos é que, no mundo prático de aplicação do direito a cada caso concreto, se exija que esse dissentimento da vítima seja manifestado somente ao nível físico.

6.3. Da exigência de violência no crime de violação

Analizadas todas as ideias (inovadoras ou não, isso dependerá da reflexão pessoal de cada um) supra elencadas e descritas, cremos que, de um ponto de vista material, não será benéfico que a lei contenha a expressão “sem consentimento” para melhor definir o crime violação. Somos do entendimento que o crime violação, *per si*, significa que já houve um ato sexual praticado sem o consentimento de alguém, não obstante essa falta de consentimento ter de ser demonstrada. Não é necessário reduzi-lo a escrito, até porque levanta dúvidas sobre o entendimento que até então se tem sobre este ilícito criminal e tornaria o artigo 164.º redundante, tendo em conta que o mesmo já prevê o constrangimento do ofendido.

De facto, é nosso entendimento que, não obstante o verdadeiro significado do crime violação ser “sexo sem consentimento” – e adotarmos integralmente esta ideia, pois só haverá crime quando a vítima dissentiu na prática daquele ato– não é viável consagrar essa expressão no próprio artigo 164.º, por todos os inconvenientes que dela iriam advir para as vítimas.¹⁹⁸

¹⁹⁷ CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma (...)”, junho 2019, pp. 46 - o Autor defende que “Justificar-se-ia (...) uma presunção de dissentimento, ilidível através da concordância expressa do portador do bem jurídico”. São estes casos muito específicos, que colidem com o âmbito de proteção normal e vigente do tipo de crime.

¹⁹⁸ Além do ónus que recairia sobre as vítimas, a inclusão dessa expressão acarretaria, ainda, incontáveis problemas de interpretação da lei portuguesa. Acolhamos o exemplo mais elementar: imaginemos uma secretária que se viu compelida a praticar relações sexuais com o seu patrão, para obter uma promoção ou simplesmente para não ser despedida. Ela foi constrangida pelo seu superior hierárquico a praticar aquele ato;

Com a expressão “sem consentimento” aposta na lei, o ónus de resistência física que, lamentavelmente, recai já sobre a vítima (que não está previsto legalmente, mas que está presente na realidade jurisprudencial) seria ainda mais evidente.

É claro aos nossos olhos que o artigo 164.º não prevê esse ónus de resistência, nem obriga a que a vítima expresse negativamente esse dissentimento. Contudo, o certo é que a versão atual do artigo se baseia no modelo do constrangimento, sendo necessário que a vítima demonstre que, aquando da prática do ato sexual em causa, foi constrangida pelo agente do crime e que era contra a prática daquele ato.

Uma leitura perfuntória do preceito leva a concluir que basta que a vítima expresse o seu dissentimento, de alguma forma, não sendo necessário que o faça fisicamente. Contudo, uma reflexão sobre a realidade jurisprudencial permite constatar que, na maioria dos casos, esse dissentimento tem de ser expressado fisicamente pela própria vítima, sob pena de não se ver o tipo do ilícito preenchido.

E cremos que este entendimento jurisprudencial resulta, em grande escala, do modo como a lei previu este tipo de crime, colocando num patamar superior os casos em que a vítima é violada e constrangida pelo uso da força ou pela ameaça grave para a prática do ato sexual.¹⁹⁹ É neste circunspecto que surge a questão do ónus de resistência imposto sobre a vítima, a necessidade que esta tem de resistir, já que o ato está a ser praticado com recurso a meios que a impossibilitam de fugir ou escapar.

O facto de a lei penal estabelecer uma hierarquia relativamente ao crime violação é o que mais indignação causa. Antes de o crime ser cometido com recurso à violência é cometido contra a vontade de alguém; esse alguém que não permitiu que aquele ato sexual fosse praticado; mesmo que não tenha reunido as condições mínimas para se libertar/fugir ou expressar a sua vontade.

praticou-o contra a sua vontade, porque não encontrou nenhuma outra alternativa. No fundo, o ato foi efetivamente praticado contra a sua vontade, porque não era aquilo que na realidade queria fazer. O patrão terá constrangido indiretamente à prática do ato, mas não a forçou diretamente a nada. Claro está que não era aquela a vontade da funcionária. Posto isto, se na lei estiverem consagradas as duas expressões mais problemáticas adviriam: a funcionária foi constrangida e praticou um ato sem o seu consentimento. Por isso, entender-se-ia, segundo a proposta socialista, que foi violada, quando, na realidade, não o foi: apesar de não ser aquela a sua vontade, no caso em concreto, a funcionária tinha outra alternativa.

¹⁹⁹ Pedro Caeiro considera que não nos referimos a meras circunstâncias agravantes, mas sim a uma “exasperação do ilícito-típico”, porque o artigo menciona determinados meios de constrangimento que reduzem a capacidade de resistência da vítima e “produzem uma ofensa mais intensa ao bem jurídico” - CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma (...)”, junho 2019, pp. 12.

No nosso modesto entendimento, quem considera que a violência ou a ameaça é um quesito para a consumação do crime e violação, está a ir contra a própria categoria deste crime, pois se assim fosse, melhor seria falar-se num crime de violência e não num crime sexual.²⁰⁰

Acreditamos que a redação atual do artigo 164.º ainda não é o suficiente para que se proteja todo o tipo de vítimas que sofrem com a prática deste crime horrendo e não temos dúvidas que é necessária uma reparação ao modo como o mesmo se encontra previsto na lei portuguesa.

Antes de ser praticado com violência, foi praticado sem o consentimento de alguém, que demonstrou ser contra o ato em si e é imperioso que seja esta a base elementar deste tipo de crime. Assim, deveria o atual n.º 2 ser elevado a número 1 do artigo 164.º, com as devidas atualizações e ser o atual n.º 1 incluído nas circunstâncias agravantes previstas no artigo 177.º ou, em alternativa, passar a n.º 2 do 164.º.²⁰¹ De facto, o essencial é que o modo como se encara este tipo de crime seja alterado e que não esteja este previsto de forma diversa da dos demais crimes, em que as agravantes são previstas secundariamente e não de forma primária, como se verifica na redação atual.

Conclusão

O que nos propusemos alcançar com este trabalho foi descodificar se a atual versão do artigo 164.º se apresenta como a melhor solução para a tipificação do crime de violação e se prevê, da melhor forma, os pressupostos obrigatórios para o preenchimento do tipo de ilícito. Comprometemo-nos, ainda, a refletir ponderadamente sobre os projetos-lei que têm sido apresentados e a apurar se algum deles se revela idóneo para a satisfação dos ideais de prevenção geral e especial da ordem jurídica portuguesa e da própria Convenção de Istambul.

Uma vez chegados a esta fase, é crucial reter que a evolução legislativa do crime violação, até chegar finalmente à sua redação atual, que hoje conhecemos, foi progressiva e

²⁰⁰ “(...) his dilemma would be solved if rape were treated as an assault of violence and not as a sexual crime” – BELL, Vicky; «Beyond the “Thorny Question”: Feminism, Foucault and the Desexualisation of Rape», Academic Press Limited, 1991, pp. 85.

²⁰¹ No mesmo sentido, Pedro Caeiro: “A norma prevista naqueles dispositivos, constituindo hoje o tipo fundamenta da (...) Violação, deveria trocar de posição com a que se prevê no n.º 1 (...)” - CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma (...)”, junho 2019, pp. 45.

que nem sempre a punição deste tipo de crime foi encarada como um meio de proteger a liberdade sexual de alguém. Desde interesses públicos e morais a costumes sociais e honras pessoais, a tipificação deste comportamento alcançou finalmente um patamar inquestionável, no que concerne ao bem jurídico protegido, e existe somente (e sem necessidade para mais) para tutelar a liberdade sexual individual de cada um.

Méritos e sucessos das revisões e reformas penais portuguesas à parte, a Convenção de Istambul veio influenciar a nossa ordem jurídica portuguesa, no que concerne à matéria de crimes sexuais. Ainda que, no que respeita ao crime violação, Portugal não tenha adotado, na íntegra, o modelo do “ consentimento”, como a Convenção o faz, o certo é que esta é um instrumento normativo importantíssimo que serviu de base para a consolidação da ordem penal portuguesa e que trouxe ideias pragmáticas ao nosso país, que vieram sobretudo reforçar o caráter preventivo do Código Penal.

Vimos que as críticas partidárias ao artigo 164.º são fortes e veementes, fazendo crer que o nosso país não está a cumprir com as exigências da Convenção de Istambul. Não nos parece ser o caso, bastando, para o efeito, atender ao n.º 2 do nosso preceito legal, que prevê expressamente os casos em que a vítima foi violada, sem recurso aos meios de constrangimento típicos. Nestas situações, o nosso modelo do constrangimento é idóneo e serve perfeitamente para cobrir as exigências da Convenção, ainda que o faça de uma forma mais autónoma.

Partimos de uma análise do artigo 164.º do C.P., que, como é natural, serve de base a todo este trabalho. O nosso artigo tem implícitos dois números: um primeiro, mediante o qual é punido aquele que constrange outrem, por meio de violência ou ameaça; e um segundo, através do qual é punido aquele que constrange outra pessoa, sem recurso aos meios típicos expressamente previstos no número precedente. A grande diferença entre estes dois dispositivos, parte integrante do mesmo preceito legal, é que o primeiro prevê uma moldura penal mais gravosa de entre três a dez anos de prisão e o segundo uma moldura variável entre um a seis anos de prisão.

De facto, os limites mínimo e máximo da moldura penal são diversos e representam, fundamentalmente, o seguinte: este tipo de crime é punido de forma mais grave e imponente, caso o seu agente faça uso de violência ou ameaça grave. Logo, ao que

tudo indica, a violência e a ameaça graves serão meras circunstâncias agravantes da prática do crime.

Seria esta uma abordagem simples e prática do artigo 164.º, em que a utilização ou recurso a meios típicos de constrangimento constitui uma agravante do comportamento censurável posto em prática. Contudo, a realidade tem sido outra e a jurisprudência portuguesa tem revelado que, na grande maioria, apenas vingam os casos em que a vítima foi efetivamente forçada à prática de um ato sexual, constrangida pelo agente, por meio da força física, verbal ou psicológica e que não conseguiu, por muito que tenha resistido, evitá-lo.

É como se fossem três os pressupostos-base para a consumação do tipo de crime em análise: primeiramente, é imperioso que o agente recorra à violência, seja ela verbal, física ou psicológica; depois, a vítima tem que se sentir constrangida com a situação, como se forçada pelo agente à prática de um determinado ato e, ainda, tem esta de resistir fisicamente, defender-se, almejar escapar, no fundo, expressar o seu dissentimento.

Claro está que não é isso que a nossa lei nos diz realmente. Porém, na prática jurídica é o que se tem verificado. Não se pretende com isto responsabilizar os tribunais ou o modo como aplicam o direito, até porque não foi esse o nosso propósito, mas sim tentar compreender a verdadeira razão de ser de, na prática, este tipo de crime ser punido de uma forma distinta da que vem expressamente consagrada no Código, o que tem contribuído para que não só o povo português como o governo queiram alterar a redação do artigo e continuem a remeter para propostas controversas, que apenas dificultam, no nosso entendimento, o papel da vítima.

Do nosso ponto de vista, a lei (leia-se artigo 164.º do C.P.) não está mal redigida, simplesmente não está a ser bem interpretada e aplicada.

Aliás, concluiu-se facilmente que o facto de a realidade e as estatísticas apontarem num só sentido deriva essencialmente da dificuldade que ainda persiste na obtenção de meios de prova da verificação deste ilícito, que na maioria ocorre entre quatro paredes, apenas entre a vítima e o seu agressor sexual.

Além do mais, também o facto de o primeiro número do artigo 164.º mencionar, ele próprio, a violência e a ameaça contribuiu, em muito, entendemos nós, para que este crime seja permanentemente associado a esse tipo de comportamentos agressivos e

intempestivos e, por forma a deles fugir, a vítima ter de recorrer à mesma categoria de comportamentos.

Na nossa humilde concepção, existem duas formas de se encarar o crime violação: primeiramente, como sendo sempre, por si só, um ato violento para com a vítima, não havendo necessidade de prever essa situação especificamente na lei penal. Esta perspetiva remete preferencialmente para o papel da vítima na sociedade e para o quanto a sua posição na prática jurídica tem sido descredibilizada, considerando que sexo sem consentimento de uma das partes é sempre violento (não importando se o agente recorreu a ameaças ou a violência física para atingir o seu fim e controlar a vítima).

De uma outra perspetiva, poder-se-á analisar o crime violação em duas vertentes: não é sempre violento para a vítima, importando, portanto, distinguir na própria lei em que contextos mais frequentes é que o mesmo pode ocorrer. Claramente é esta a posição da nossa lei.

Depois de analisada uma parte da jurisprudência e o modo como, na prática, o direito é aplicado quando diz respeito à tutela da liberdade sexual de cada um, posta em causa com a prática deste crime, constata-se que na nossa ordem jurídica ainda prevalece a ideia que o agente que violou outra pessoa, o pode ter feito com ou sem recurso à violência, sendo a moldura penal distinta para cada um dos casos.

Estamos cientes de que é esta a posição da ordem jurídica portuguesa – e que, portanto, não existe apenas uma única forma de cometer este tipo de crime, sob o ponto de vista jurídico-penal português.

Não se critica o modo como o legislador português optou por conceber este tipo de crime, por entender que será a forma mais eficiente de proteger um maior número de vítimas e de satisfazer as exigências de prevenção geral e especial juridicamente exigidas e bem assim cumprir com as obrigações impostas pela Convenção de Istambul. Nem toda a violação é fisicamente violenta, ainda que toda a violação seja corrompida por brutalidade emocional na vítima e caracterizada pela aspereza comportamental do seu agente.

Sucedo que, e é isto que conseguimos apurar *a final*, a lei portuguesa falhou em grande ao prever, logo no seu número um, a violência e a ameaça como circunstâncias agravantes do tipo de crime em concreto e só – apenas secundariamente – preceituou a

possibilidade de este crime ser praticado sem recurso a meios de constrangimento típicos como os que já foram referidos supra.

Acreditamos que a falha do artigo 164.º é bastante evidente – nos demais crimes, o legislador tratou, primeiramente, de consagrar o tipo de crime em si mesmo (os pressupostos para a sua perpetração) e o que se poderá efetivamente considerar crime; só mais adiante tratou de prever e redigir as circunstâncias agravantes que podem contribuir para um agravamento da pena aplicável ao agente.

Ainda assim, no artigo 164.º não é isso que se verifica: não obstante o legislador português querer fazer crer e passar a ideia de que violação é quando alguém constrange outrem à prática de determinados atos sexuais, não obstante o dissentimento da vítima, só o fez depois de tutelar primeiramente os casos em que a vítima foi violada, porque o agente fez uso de violência física, verbal ou de ameaças.

Este modo de tipificação do crime remete, sem mais, para o chamado ónus de resistência física que inevitável e lamentavelmente recai sobre todas as vítimas de crimes sexuais: a ideia de que esta tem de tentar defender-se, lutar com o seu agressor sexual, por forma a conseguir impedi-lo de atentar contra a sua liberdade sexual e de praticar atos contra a sua vontade.

Pois bem: se a lei exige, logo no n.º 1 do artigo 164.º, que para que o agente seja punido pela prática deste crime tenha usado da violência ou ameaçado a vítima, significa concomitantemente que a vítima, para resistir, tenha de equiparar a sua força à do seu agressor sexual, o que nos conduz, assim, para um ónus de resistência física por parte da vítima e não meramente verbal (não bastará o dizer que não).

E é com esta concepção extremista, com a qual muitas ordenações europeias ainda lidam, que não podemos concordar: não será necessário que a vítima tenha de resistir à força do agente ou de tentar evitar aquele acontecimento. O que importa é que se consiga apurar que a vítima não estava de acordo com a prática daquele ato e que tenha demonstrado o seu dissentimento.

Pondo agora de parte os casos em que a vítima não consegue resistir, por estar incapacitada para tal ou por não reunir condições que a permitam formar ou expressar a sua vontade, importa reter que, na maioria das vezes, a vítima não consegue resistir fisicamente, ainda que reúna os requisitos para tal. Talvez por medo, por entrar num estado

de choque ou paralisia que não lhe permita resistir ou somente porque sabe que mesmo que tente lutar, a força do agente superará a sua. E é neste campo que o artigo 164.º ainda não consegue proteger a vítima, tendo em conta que o dissentimento da vítima tem de ser manifesto.

Quanto a isto, confiamos na posição de Pedro Caeiro e acreditamos que o melhor seria tornar a lei mais rigorosa, passando isso, provavelmente, por extrair da lei alemã algumas ideias inovadoras e criar uma presunção de dissentimento da vítima, que, como qualquer outra presunção, poderá ser ilidível, caso a prova produzida aponte nesse sentido.

Além da problemática da violência no crime de violação, da qual restam ainda dúvidas, seja sobre a violência do agente, seja sobre a capacidade de resistência da vítima, foi ainda objeto deste trabalho a comparação entre o modelo do consentimento (atualmente vigente na Alemanha e proposto recentemente em Portugal) e o do dissentimento (ou do constrangimento), que atualmente vigora no C.P.

Depois de analisada a lei penal alemã e a reforma que esta sofreu, em 2016, no que respeita à matéria de crimes sexuais, tornou-se claro que uma lei que assente somente no modelo do “consentimento” não será o suficiente para abarcar e proteger todo o tipo de vítimas que se vejam emergidas neste tipo de situações, já para não mencionar os graves problemas de obtenção de prova que aquele modelo acarreta (como já referido, na maioria dos casos, é este um crime que ocorra em lugares fechados, onde estiveram apenas presentes a vítima e o agressor).

A lei alemã pronuncia-se sobre as diferentes formas de consumação do crime e os diferentes tipos de exploração sexual a que a vítima pode ser sujeita, revelando-se uma lei bastante íntegra, que acreditamos que se foca sobretudo no papel e na pessoa da vítima ofendida, tendo em conta o modelo de “não significa não” adotado. Porém, por ter sido tão repentina, não refletiu atempadamente sobre os problemas práticos que aquele modelo traria.

A maior vicissitude desta lei, cremos que se reflete ao nível do seu exacerbamento. Uma lei que conduz o crime de violação somente ao consentimento da vítima e que tem como objetivo não deixar escapar impune nenhum agente da prática deste crime, é de tal modo exagerada e repressiva que acabará por integrar, no âmbito de

aplicação da lei, condutas que não seriam, de outro modo, objeto de censura (e talvez porque não o devessem ser).

Já num panorama nacional, depois de refletir sobre os vários projetos-lei que têm sido apresentados – nenhum deles ainda aprovado – tornou-se fácil concluir que existe de facto um problema na nossa ordem jurídica portuguesa, no que diz respeito a este crime concreto. Não diríamos que esse problema reside no modo como o crime está preceituado, mas sim no modo como é interpretado pelos tribunais e que tem levado o público em geral a acreditar que o artigo 164.º não está regulado de forma a proteger as verdadeiras vítimas. O que diríamos que não é, de todo, verdade.

A ideia de que a violação pode ser violenta pode estar subjacente a este tipo de crime, mas não pode, jamais, no nosso entendimento, ser um quesito para a sua verificação e posterior punição. Por este motivo, cremos que a mera inversão dos números preceituados hoje no artigo 164.º já se revelaria uma mudança significativa e que, a médio prazo, poderia resultar em grandes alterações no modo de aplicação do direito, a cada caso concreto.

A nosso ver, o que importa é que o sexo sem consentimento deixe de ser visto como uma forma secundária e menos grave de violação, para passar a ser o verdadeiro tipo de violação. Ou melhor, o único. Porque sexo sem consentimento é violação. Desde que o dissentimento da vítima seja evidente. Se, porventura, o agente fizer uso da violência ou da força ou de ameaças, serão isso meras agravantes, que não podem deixar de ser tidas em consideração, obviamente, mas que não são, nem deverão ser o modo como se encara primeiramente este tipo de crime.

De facto, o modo como o Código tipifica o crime violação tem influenciado a jurisprudência portuguesa e levado a crer que a violência, a ameaça do agente e a resistência física da vítima são quesitos para que alguém seja punido pela prática deste crime.

Não somos adeptos do modelo do “consentimento”, mas sim do “dissentimento”. Não basta que a vítima não consinta a prática do ato. Tem a mesma de o dissentir verdadeiramente. De demonstrar que não consente, nem que seja dizendo que não. Isto sem retirar a importância devida a casos mais específicos.

Além disso, não pode uma lei sustentar-se em padrões normais ou nas expectativas legítimas dos cidadãos comuns, porque aquilo que para nós pode significar um extravasamento dos limites da nossa liberdade sexual, para outros pode ser admissível. Daí que tenha de ser a vítima a traçar os contornos da sua esfera de liberdade sexual e determinar o que dela pode fazer parte ou não.

Ainda assim, cremos que existem diversas formas de a vítima demonstrar o seu dissentimento, não sendo necessário que resista fisicamente. O dissentimento, uma vez demonstrado pela vítima, aquando da prática do tipo, deverá ser analisado criteriosamente, atentas as circunstâncias envolventes de cada caso.

Ainda assim, a natureza ou essência deste tipo de crime deverá ser sempre o ter sido praticado sem o consentimento de outra pessoa e essa concreta falta de vontade ou concordância há-de vir a ser apurada, em sede própria, consoante a prova que se venha a produzir em cada caso *sub judice*.

No entanto, não pode a lei vir incluir na sua redação uma expressão tão abrangente e ampla como a do “sem consentimento”, o que teria resultados absurdos, ao incluir-se no artigo 164.º condutas que, hoje, não preenchem o tipo de crime (como é o caso de um dos membros do casal que tentou que a sua parceira tivesse relações sexuais consigo, ainda que sabendo que esta estava bastante indecisa ou o da secretária que praticou relações sexuais com o patrão, ainda que não sendo essa a sua vontade, só o fazendo por motivos profissionais).

No que tange à natureza deste tipo de crime, deve a mesma manter-se. Um crime de violação público desvirtuaria o principal escopo de proteção do bem-jurídico da liberdade sexual individual e submetteria todas as vítimas deste crime a uma exposição social tremenda e ingrata, colidindo com os direitos individuais de cada ser humano, não sendo a via para uma melhor tipificação deste crime.

Por último, cumprirá reforçar o carácter oportuno e tempestivo de uma reforma legislativa. A lei penal serve para cumprir com as exigências de prevenção geral e especial e se não se verificar, deverá sim, ver a sua redação e teor alterados. Todas as eventuais modificações legislativas deverão partir do pressuposto de que a lei não existe para corresponder às expectativas do povo mas sim para satisfazer as exigências do próprio

sistema penal, daí que tenham de ser propostas, discutidas, tantas vezes quantas necessárias, até se chegar à conclusão de que se escolheu a melhor versão.

Destarte, não se verificando fundamentos suficientes que tornem uma reforma penal justificável, não deve esta ter lugar. A ter lugar, seria para a reformulação do artigo e respetiva inversão dos seus dispositivos. Ainda assim, tendo presente que uma intervenção contínua e insistente do direito penal colide com a sua natureza de *ultima ratio*, há que equacionar qual o momento adequado para esta reforma e se é a mesma tão urgente como o povo português reivindica.

Terminamos esta conclusão com a frase que marcou o início da presente dissertação: “*When someone abuses your body, you can never escape the scene of the crime. You will always carry the place where it happened, because you are the victim and the crime scene all at once.*”. Acreditamos ser necessário olhar de forma diferente para os crimes sexuais, pela carga emocional e complexa que carregam, crendo que, num patamar superior, está a vítima, que deverá ser protegida, e só depois se deve olhar atentamente para a conduta do agente e verificar se a sua conduta é merecedora de um juízo de censura ou não – e é aí (só aí) que se irá atender às circunstâncias agravantes da sua conduta, sendo que antes, já se concluiu pela existência de crime ou não (e é esta inversão lógica que acreditamos que se deverá, a longo prazo, verificar no artigo 164.º).

Bibliografia

AFONSO, Tiago; “Consentimento ou resistência da vítima no crime de violação”, 2 de dezembro de 2011 - <http://www.carloscanaes.pt/2011/12/02/consentimento-ou-resistencia-da-vitima-no-crime-de-violacao/>

ALFAIATE, Ana Rita; “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra 2008, Editado em 2009 pela Coimbra Editora.

ANTUNES, Maria João; “*Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores*”, Revista Julgar, n.º 12 (especial), 2010.

“As Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais”, 29 de outubro de 2010, Panorama, Comité Internacional da Cruz Vermelha, disponível em <https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>

AZEVEDO, Sarah Fernandes Lino; »*Sexualidade e política à época de Augusto: considerações acerca da “Lei Júlia sobre Adultério”*», disponível em http://www.academia.edu/10260690/Sexualidade_e_pol%C3%ADtica_%C3%A0_%C3%A9poca_de_Augusto_considera%C3%A7%C3%B5es_acerca_da_Lei_J%C3%BAlia_sobre_e_adult%C3%A9rio.

BELEZA, Tereza Pizarro; “Anjos e Monstros – A Construção das Relações de Género no Direito Penal”, Revista Ex aequo, n.º 10, 2004.

BELEZA, Teresa Pizarro, “*Sem sombra de pecado: o Repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal*”, em Jornadas de Direito Criminal: revisão do Código Penal – conferências proferidas na Aula Magna da Reitoria da Universidade de Lisboa em 3 de julho de 1995”, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, Volume 1, 1996.

BELL, Vicky; «Beyond the “Thorny Question”: Feminism, Foucault and the Desexualisation of Rape», Academic Press Limited, 1991.

BITENCOURT, Cezar Roberto; “Tratado de Direito Penal – Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública”, 12.^a edição revista e atualizada, 2018, volume 4, Saraiva Jur.

CAEIRO, Pedro; FIGUEIREDO, José Miguel; “*Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau*”, disponível em https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2016_Ainda_dizem_que_as_leis_nao_andam.pdf

CAEIRO, Pedro; “*Alguns aspetos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua*”, Separata Direito e Cidadania, Volume V, n.º18, setembro-dezembro 2003.

CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)”, junho de 2019.

CALEIRAS, João Fernando de Sousa; “Portugal no Conselho de Segurança das Nações Unidas: Biénio 2011-2012”, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, fevereiro 2014.

CARREIRA, José Manuel Silva; “O Direito Humanitário, as Regras de Empenhamento e a Condução das Operações Militares”, Cadernos Navais, n.º 11, outubro-dezembro, 2004.

CHINKIN, Christine; “Symposium The Yugoslav Crisis: New International Law Issues Rape and Sexual Abuse of Women in International Law”, EJIL, 1994.

COSTA ANDRADE, Manuel da; “*Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*”, Coimbra Editora, Limitada, 1991.

COSTA ANDRADE, Manuel da; “O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia”, in Jornadas de Direito Criminal – O Novo Código Penal Português e Legislação complementar, fase I, Lisboa, CEJ, 1983.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da; “*Do dissentimento à falta de capacidade para consentir*”, em “Combate à Violência de Género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal”, Universidade Católica Editora, Porto, Coleção Atas, fevereiro de 2016.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da; “Conceito de Violência no crime de Violação”, *Jurisprudência Crítica, Revista Portuguesa de Ciências Criminais* n.º 21, 2011, Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo; CAEIRO, Pedro (1997): “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”, in *Enciclopédia Polis da Sociedade e do Estado*. Vol. 1. 2ª Ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1997.

DIAS, Jorge Figueiredo; “*Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal Português em Jornadas de Direito Criminal: revisão do Código Penal – conferências proferidas na Aula Magna da Reitoria da Universidade de Lisboa em 3 de Julho de 1995*”, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, Volume 1, 1996.

DIAS, Jorge Figueiredo; “*Direito Processual Penal*”; em Coimbra Editora, 1.ª edição, reimpressão de 2004.

DIAS, Jorge Figueiredo; “Nótula antes do art. 163.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva; “*A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?*”, em *Revistas do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público*, n.º 81, 1.º Trimestre de 2000, disponível em <http://rmp.smmmp.pt/ermp/81/index.html#p=24>.

EIRA, Josefina Isabel Gomes, “*Ordenações Afonsinas: Evolução e distinção social das penas*”, pp. 54, disponível em <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/15558.pdf>.

FERREIRA, Marta Leite; “As escravas sexuais dos campos de concentração da II Guerra Mundial”, em 14 de março de 2017, “Observador”, disponível em <https://observador.pt/2017/03/14/as-escravas-sexuais-dos-campos-de-concentracao-nazi-em-imagens/>

FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio; “Os crimes sexuais no Direito Internacional Penal, Trabalho apresentado no âmbito do XV Congresso Internacional de Defesa Social – O Direito Penal entre a guerra e a paz: Justiça e cooperação penal nas intervenções militares

internacionais (Toledo, 20 a 22 de setembro de 2007), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, agosto de 2007.

FREITAS, Alessandra Maria Martins; “O Tribunal de Nuremberg: Da tipificação de crimes contra a humanidade a novos paradigmas no direito internacional”, Universidade Federal de Minas Gerais.

FONSECA, Filipa Ribeiro; “Atos Sexuais: Distinções Penalmente Relevantes”, em Dissertação de Mestrado na Universidade Católica Portuguesa do Porto, maio de 2018.

FUSSEL, James T.; «"A crime without a name "Winston Churchill, Raphael Lemkin and the World War II origins of the word "genocide"», disponível em <http://www.preventgenocide.org/genocide/crimewithoutaname.htm>

GARRAIO, Júlia; “Os limites da representação: a violação da mulher alemã na Segunda Guerra Mundial”, Oficina do CES (Centro de Estudos Sociais) n.º 360, janeiro de 2011.

GARRAIO, Júlia; “Violação”, Cartografia afro-lusa de Cultura, Língua e Artes, 2017, “#Epistemologias”, trabalho desenvolvido pelo projeto MEMOIRS – Filhos de Império e Pós-memórias Europeias, financiado pelo Conselho Europeu para a Investigação (ERC) no quadro do Horizonte 2020, programa para a investigação e inovação da União Europeia, disponível em http://www.estoriasportugalafrica.pt/cartografia_violacao.html

GARCIA, Miguel M. “O direito penal passo a passo- elementos da parte especial com os crimes contra as pessoas e os crimes contra a identidade cultural e a integridade pessoal”, volume 1, 2.ª edição, edições almedina, outubro de 2015 - <https://www.wook.pt/livro/o-direito-penal-passo-a-passo-volume-i-m-miguez-garcia/16954099>

Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence – “Baseline Evaluation Report Portugal”, Istanbul Convention (disponível em <https://rm.coe.int/grevio-reprt-on-portugal/168091f16f>).

HÖRNLE, Tatjana; “Penal law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law”, Buffalo Criminal Law Review, volume 3, n.º 2, janeiro 2000, publicado pela University of California Press.

HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law on Sexual Offenses”, Humboldt-Universität zu Berlin, outubro, 2016.

KING, Henry; THEOFRASTOUS, Theodore C.; “From Nuremberg to Rome: A Step Backward for U.S. Foreign Policy”, Case Western Reserve University, School of Law, Case Western Reserve Journal of International Law, Volume 31, Issue 1, 1999.

“*Livro V das Ordenações Afonsinas (Leis de D. Afonso V e D. Pedro)*”, in Ordenações Afonsinas, Fundação Calouste Gulbenkian, janeiro de 1984.

LEITE, André Lamas; “*As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótuas esparsas*”, Revista Julgar, n.º 28, 2016.

LEITE, André Lamas; “A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o direito penal e a criminologia”, Revista Julgar, n.º 12 (especial), 2010.

LEITE, Inês Ferreira; “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais, no âmbito do II Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento em Direito de Investigação Criminal e da Prova, Faculdade de Direito de Lisboa, abril 2010.

LOPES, JOSÉ MOURAZ, “Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal – de acordo com a alteração do código penal operada pela Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto”, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2002.

MACRÌ, Francesco, “Verso un nuovo diritto penale sessuale diritto vivente, diritto comparati e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia”, Università Degli Studi di Firenze Dottorato Di Ricerca in discipline Penalistiche Diritto e Procedura Penal XXI ciclo, 2006-2007-2008.

MARTINS, Inês Félix; “A Proteção da Mulher no Sistema Penal Português – A aplicação de medidas de coação acessórias no crime de violência doméstica e nos crimes sexuais”, em Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito, Escola do Porto, maio de 2017.

MOREIRA, Vânia Pereira; “*O crime de violação à luz do bem jurídico liberdade sexual – Reflexões acerca da alteração ao n.º 2 do art. 164.º do Código Penal*”, em Dissertação de Mestrado na Universidade Católica Portuguesa.

PALMA, Maria Fernanda; “*A Revisão de 1995 do Código Penal de 1982 no contexto da reforma do sistema penal: A Tutela da Pessoa e a Eficácia do Sistema*”, em Jornadas de Direito Criminal: revisão do Código Penal – conferências proferidas na Aula Magna da Reitoria da Universidade de Lisboa em 3 de julho de 1995”, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, Volume 1, 1996.

Parecer Associação Portuguesa de Mulheres Juristas – Lisboa, 27 de maio de 2019 – disponível em <https://www.apmj.pt/14-noticias/536-crime-de-violacao>

“Posição da APAV sobre o recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto relativo à prática do crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência”, setembro 2018, disponível em www.apav.pt

RAMOS, Fernando João Ferreira; “Os crimes sexuais no Projecto de Revisão do Código Penal de 1982”, Revista Portuguesa de Ciências Criminais, volume 1, 1993.

RAPOSO, Vera Lúcia; “Da moralidade à Liberdade: o Bem jurídico tutelado na criminalidade Sexual”, em Separata de Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, 2003, Coimbra Editora.

RODRIGUES, Anabela Miranda; “*O tribunal penal internacional e a prisão perpétua – que futuro?*”, Revista Direito e Justiça, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; volume 15, T 1, 2001.

“Right to be free from rape – overview of legislations and state of play in Europe and International Human Rights standards”, Amnesty International, Issued 19 January 2018, Updated 7 November 2018.

SILLMAN, Anna; “Why Germans are so angry with this rape case”, The Cut, 21 de junho de 2016, disponível em <https://www.thecut.com/2016/06/gina-lisa-lohfink-rape-case.html>

SMIT, Dirk Van Zyl, “*International Imprisonment*”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 54, Issue 2, abril 2005.

SOMMER, Robert, “Sexual Exploitation of Women in Nazi Concentration Camp Brothels”, in “Sexual Violence Against Jewish Women During the Holocaust”, edited by Sonja Maria Hedgepeth, Rochelle G. Saidel, Brandeis University Press, Waltham

Massachussets, Published by University Press of New England, Hanover and London, 2010 - disponível em: https://books.google.pt/books?id=nLdJEZGkwrkC&pg=PA45&lpg=PA45&dq=SOMMER,+Robert,+%E2%80%9CSexual+Exploitation+of+Women+in+Nazi+Concentration+Camp+Brothels%E2%80%9D&source=bl&ots=DtqIdx9ICK&sig=ACfU3U2U96tzy6HpeCPHLKGf3k2EJoUqwQ&hl=ptPT&sa=X&ved=2ahUKEwiE04uc6_jiAhX6RxUIHaZsAfAQ6AEwBHoECAkQAO#v=onepage&q=SOMMER%2C%20Robert%2C%20%E2%80%9CSexual%20Exploitation%20of%20Women%20in%20Nazi%20Concentration%20Camp%20Brothels%E2%80%9D&f=false

SOTTOMAYOR, Maria Clara; “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista”, Revista do Ministério Público, 128, outubro, dezembro 2011.

SOTTOMAYOR, Clara; “A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género; Istanbul Convention and the new paradigm of gender violence”, Dossier: Violências de Género e Direito(s): Diálogos Feministas; Centro de Estudos e Investigação em Direito da Universidade Católica Portuguesa n.º 31, Lisboa, junho 2015, disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100009

TORRÃO, Fernando; “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais (mudança de paradigma do novo Código Penal)”; Estudos no Curso de Mestrado, Boletim da Faculdade de Direito, 71, Coimbra, 1995.

TORRES, Anália; “Igualdade de género ao longo da vida”, Fundação Francisco Manuel dos Santos; maio de 2018; pp. 41 e 60.

ZORRILLA, Mainer; “La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual”, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, n.º 34, Bilbao, 2005.

Legislação

Código Penal de 1852, Livro 2.º, Título I, Capítulo II, art. 136.º, n.º 1.

Código Penal Português, Decreto de 16 de Setembro de 1886, Sétima Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1919 (art. 400.º) – disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

Control Council, Law No. 10, “Punishment of persons guilty of war crimes, crimes against peace and against humanity” - disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>

Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica - Convenção de Istambul, disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>

Convenção IV, Convenção de Genebra relativa à Proteção das Pessoas Civis em tempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/>

Decreto-Lei 400/82, de 23 de Setembro, que aprovou o Código Penal de 1982 – disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/319744/details/normal?q=Decreto-Lei+n.%C2%BA%20400%2F82>.

Decreto-Lei 48/95, de 15 de março – disponível em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/185720/details/normal?p_p_auth=4BLPyjym

Estatuto do Tribunal Internacional Para Julgar As Pessoas Responsáveis Por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Jugoslávia Desde 1991 – disponível em http://gddc.ministerio_publico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/Estatuto-TIJugoslavia_links.pdf

Estatuto do Tribunal Internacional para o Ruanda - disponível em http://gddc.Ministerio_publico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/EstatutoTIRuanda_links.pdf

German Criminal Code in the version promulgated on 13 November 1998, Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I p. 3322, last amended by Article 1 of the Law of 24 September 2013, Federal Law Gazette I p. 3671 and with the text of Article 6(18) of the Law of 10 October 2013, Federal Law Gazette I p 3799 – disponível em <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/28/Germany/how>

German Criminal Code (StGB), 04/11/2016, na versão actual – disponível em http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=&p_isn=51220&p_classification=01.04

Lei 59/2007, de 4 de setembro, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/640142/details/maximized>

Lei 65/98, de 2 de setembro – disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/566854/details/maximized>

Projeto de Lei n.º 664/XII/4.ª, Bloco de Esquerda (B.E.) – disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a4c33526c6548527663793977616d77324e6a517457456c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl664-XII.doc&Inline=true>

Projeto de Lei n.º 665/XII/4.ª (B.E.) – disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a4c33526c6548527663793977616d77324e6a557457456c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl665-XII.doc&Inline=true>

Projeto de Lei N.º 1058/XIII/4.ª, Bloco de Esquerda (B.E.) - disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43243>

Projeto-Lei N.º 1155/XIII/4.ª, do Partido Socialista (P.S.) – disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43523>

Projeto-Lei n.º 1047/XIII/4.ª, do Partido para Pessoas, Animais e Natureza – disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43200>

Título VI do livro V das Ordenações Afonsinas, versão online, disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg29.htm>

XII Legislatura, 4.ª sessão legislativa (2014-2015), II Série-A, n.º 162, Diário da Assembleia da República, Sexta Feira, 3 de julho de 2015 – disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/12/04/170/2015-07-15?sft=true>

Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25 de junho de 2014 - <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/ab383cd3bdb9906880257d070048d2ec?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de junho de 2019 - <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a702496a92a5e7518025841c0055094b?OpenDocument&fbclid=IwAR2MVvLnC3ruwN9TunkeNYmyaeI5t8zaU4WSiGTxDxmDrgjeD1MapZ3KKs>
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 3897/16.9JAPRT.P1, de 27 de junho de 2018, consulta disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6f7c90fb3d34e281802582eb0049ac25?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011 – consulta disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de julho de 2007 – disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/dafb21957eb341df8025739400521590?OpenDocument>
- Caso BGH 4 StR 424/14 - Judgment of 29 January 2015 (LG Siegen), disponível em <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/14/4-424-14.php>

Artigos online

Artigo Publicado em A&E Television Networks; “Nanking Massacre”, 9 de Novembro de 2009, disponível em <https://www.history.com/topics/japan/nanjing-massacre>

Artigo Publicado em Associação Sindical dos Juizes Portugueses, “Nota Informativa sobre o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto”, 24 de setembro de 2018, disponível em <http://www.asjp.pt/2018/09/24/nota-informativa-sobre-o-acordao-do-tribunal-da-relacao-d-o-porto/>

Artigo publicado em BBC News, “Gina-Lisa Lohfink: German model fined for false rape claim”, 22 de agosto de 2016 – disponível em <https://www.bbc.com/news/world-europe-37158471>)

Artigo publicado em “Beyond the Interview”, “These Quotes Will Change The Way You View Sexual Assault”, Nicole Benham, 2 de novembro de 2017 – disponível em <https://www.beyondtheinterview.com/article/2017/11/2/these-quotes-will-change-the-way-you-view-sexual-assault>

Artigo publicado em Diário de Notícias, «Associação de Juízes sai em defesa de acórdão da Relação. “Não houve violação”» por David Mandim em 22 de setembro de 2018 – disponível em <https://www.dn.pt/pais/interior/associacao-de-juizes-sai-em-defesa-de-acordao-da-relacao-nao-houve-violacao-9891112.html>

Artigo Publicado em Diário de Notícias, “Governo quer alargar o Código Penal no crime de violação, 4 de outubro de 2018, disponível em <https://www.dn.pt/poder/interior/governo-quer-alargar-codigo-penal-no-crime-de-violacao-9949100.html>

Artigo Publicado em Diário de Notícias, «“Não basta não haver consentimento para haver violação, diz representante sindical de Juízes», publicado por Fernanda Câncio, em 26 de setembro de 2018 – disponível em <https://www.dn.pt/pais/interior/nao-basta-nao-haver-consentimento-para-haver-violacao-diz-representante-sindical-de-juizes--9913682.html>

Artigo publicado em Diário de Notícias “Violação passa a ser um crime público em Portugal”, publicado por Isaltina Padrão, in Diário de Notícias, 07 de março de 2014 – disponível em <https://www.dn.pt/politica/interior/violacao-passa-a-ser-um-crime-publico-em-portugal-3724832.html>

Artigo publicado em Diário de Notícias, “O que é um ato sexual de relevo?”, Fernanda Câncio, 5 de abril de 2018 – disponível em <https://www.dn.pt/portugal/interior/o-que-e-um-ato-sexual-de-relevo-9235268.html>

Artigo publicado em ELLE, por Cátia Pereira Matos, “Violação e Abuso Sexual: Um Acórdão polémico e as nuances do Código Penal”, de 04 de outubro de 2018, disponível em <https://www.elle.pt/lifestyle/violacao-abuso-sexual-codigo-penal/>

Artigo Publicado em o Observador, “Ausência de resistência de vítima de violação é desejo de sobreviver, diz tribunal”, de 18 de junho de 2019, disponível em <https://observador.pt/2019/06/18/ausencia-de-resistencia-de-vitima-de-violacao-e-desejo-d-e-sobreviver-diz-tribunal/>

Artigo Publicado em o Observador, “Parlamento discute esta quinta-feira propostas do BE e PAN sobre crime de violação”, 10 de janeiro de 2019, disponível em <https://observador.pt/2019/01/10/parlamento-discute-esta-quinta-feira-propostas-do-be-e-pan-sobre-crime-de-violacao/>

Artigo Publicado em o Observador, “Projetos do PAN e BE sobre crime de violação criticados, PS disponível para trabalho sério”, em 10 de janeiro de 2019, disponível em <https://observador.pt/2019/01/10/projetos-do-pan-e-be-sobre-crime-de-violacao-criticados-ps-disponivel-para-trabalho-serio/>

Artigo publicado em Público, «” É violação, não é sedução”. Porto protesta contra sentença de Tribunal.», por Aline Flor, em 26 de setembro de 2018 – disponível em <https://www.publico.pt/2018/09/26/sociedade/noticia/e-violacao-nao-e-seducacao-porto-protesta-contrasentenca-do-tribunal-da-relacao-1845391>

Artigo Publicado em “Público”, Lusa, 5 de Fevereiro de 2013, 17:08, disponível em <https://www.publico.pt/2013/02/05/sociedade/noticia/portugal-ratifica-convencao-do-conselho-da-europa-sobre-violencia-contramulheres-1583402#gs.ntTL66kz>

Artigo Publicado em Terra Nova, “PSD: Carla Rodrigues defende ‘maior consideração e reflexão’ na análise aos crimes de violação”, 18 de dezembro de 2018, disponível em <https://www.terranova.pt/noticia/politica/psd-carla-rodrigues-defende-maior-consideracao-e-reflexao-na-analise-aos-crimes-de>

Artigo publicado em TSF Rádio Notícias; «"Sexo sem consentimento é violação." PAN e BE pedem alteração à lei», João Alexandre, 10 janeiro 2019, disponível em <https://www.tsf.pt/politica/interior/sexo-sem-consentimento-e-violacao-pan-e-be-pedem-alteracao-a-lei-10418905.html>

Artigo Publicado em ZAP, AEIOU, por Manuel de Sousa, em 22 de setembro de 2018 – disponível em <https://zap.aeiou.pt/acordao-violacao-mulher-inconsciente-219421>

“Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). 24 April 1863”, disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/110>